



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

TESIS DOCTORAL

ARTE CONTEMPORÁNEO Y DERECHOS DE AUTOR

Autora:

Eva Sòria Puig

Director

Dr. Juan Carlos Gavara de Cara

FACULTAT DE DRET

DEPARTAMENT DE DRET PÚBLIC I CIÈNCIES HISTORICOJURÍDIQUES

Barcelona, Gener 2021

AGRADECIMIENTOS

Empezar por dar las gracias a mi director no es un trámite: es un sincero agradecimiento por la paciencia, la confianza y la dedicación con los que me ha acompañado todos estos años. Ha sido un privilegio poder recorrer este camino acompañada de Juan Carlos.

A mi padre, que, aunque no lo sepa, me dejó incrustada la vocación de jurista. Él vio el inicio de esta aventura y ya no podré abrazarlo cuando llegue al final.

A mi familia, especialmente a mis niños. A Roc, el mayor, por entender perfectamente qué significaba esta investigación para mí y ayudarme con sus hermanos pequeños sin que nadie se lo pidiera. A Teo por todo este último año que he estado atrincherada en su habitación invadiéndola con todos mis papeles. A Noa, mi pequeña, porque desde que nació convive con este ente invisible, "la tesis", con quien se queda siempre su mamá. A Hugo, el papa de los niños, por su paciencia y por todas las veces que ha tenido que llevar solo a los niños a la playa, al parque o a jugar en la plaza.

A mi madre y mi hermano por creer en mí y no dudar que conseguiría llegar al final.

A Ramon Casas por sus sabios y generosos consejos y por transmitirme confianza cuando dudaba de lo que escribía.

A todos los miembros y compañeros de ALADDA por todas las veces que no me han preguntado si ya había acabado la tesis.

A todos los comisarios, críticos, galeristas, directores de museo y demás personas del mundo del arte contemporáneo por toda la información que me han proporcionado sobre sus problemas y fricciones con el derecho de autor y por los muchos documentos que me han dejado consultar. Y entre todos ellos, un agradecimiento especial a Roser Figueres, de la colección Cal Cego.

A todos los artistas a quien admiro y respeto profundamente por haber escogido un camino difícil, por su generosidad y por hacer que el mundo sea cada día un sitio mejor.

Esto es para vosotros.

PREÁMBULO	7
INTRODUCCIÓN	14
CAPITULO 1: EL FUNDAMENTO O JUSTIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELLECTUAL Y LA DEFINICIÓN DEL ARTE	
INTELECTUAL Y LA DEFINICIÓN DEL ARTE	25
1. Introducción	25
2. El beneficio económico para como el objetivo de la propiedad intelectual	26
3. La protección de los derechos morales.....	33
4. El equilibrio entre interés público y el monopolio del derecho de autor.....	35
5. Protección constitucional del derecho de autor.....	35
6. ¿Protección de la creatividad o de la industria cultural?	36
7. El objetivo de la propiedad intelectual aplicado a las artes visuales	41
8. La definición de Arte en el Arte.....	42
9. El arte definido por la normativa arancelaria.....	47
CAPITULO 2: EL ARTE CONCEPTUAL COMO OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR	
1. EL ARTE CONCEPTUAL: INTRODUCCIÓN A SU ENCAJE CON LOS DERECHOS DE AUTOR	54
2. LA EVOLUCIÓN DEL ARTE CONCEPTUAL	59
3. MARCO JURÍDICO: LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR AL ARTE CONCEPTUAL. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE OBRA.	70
3.1. La idea, su expresión en un soporte tangible o intangible y la fijación en el arte conceptual.	72
3.2. El concepto jurídico de la originalidad y su encaje con el arte contemporáneo.....	97
3.3. La opinión de la doctrina	114
4. LA CASUÍSTICA DEL ARTE CONCEPTUAL.....	119
4.1. Obras artísticas sin originalidad:	119

4.2. Obras sin autor. La naturaleza y los animales como autores del objeto artístico.....	134
4.3. La desmaterialización de las obras de arte.....	138
5. MÁS ALLÁ DEL ARTE CONCEPTUAL	148
6. LA AUTOREGULACION: LOS CONTRATOS Y CERTIFICADOS.....	150
7. PROTECCIÓN ALTERNATIVA AL DERECHO DE AUTOR	160
8. REFLEXIONES FINALES.....	163
8.1. La distancia entre la “obra artística” y la <i>obra</i> protegible por la Ley de Propiedad Intelectual.	163
8.2. ¿Una exclusión intencionada?.....	177
8.3. Propuestas.....	183
8.4. Reflexión final	191
CAPITULO 3: EL ARTE APROPIACIONISTA COMO OBJETO DE DERECHOS DE AUTOR	194
1. INTRODUCCIÓN.....	194
2 APROXIMACIÓN AL ARTE APROPIACIONISTA.	198
2.1. El arte apropiacionista y la crítica política	203
2.2 Apropiacionismo y pop art	209
2.3. El apropiacionismo como expresión artística”	217
2.4. La década de los noventa	222
2.5 El siglo XXI	227
3. LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE AUTOR.	242
2.1. Los derechos fundamentales.....	245
2.2. Limites Cerrados.....	253
2.3 Sistemas de límites abiertos: la doctrina del <i>fair use</i>	271
4. REFLEXION FINAL	294
CAPITULO 4. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. ¿UN MODELO EN CRISIS?	298

1. Introducción	298
2. El cambio de paradigma y el “user generated content” (ugc)	300
3. Los usos tolerados pero infractores	308
4. La proliferación de organizaciones y entidades internacionales que abogan por una reforma de los derechos de autor	311
CAPITULO 5. CONCLUSIONES	316
1. La desconexión entre la normativa y el arte contemporáneo.	316
2. La inseguridad jurídica de los límites para artistas e instituciones	316
3. La distancia entre la obra protegida y la obra artística	319
4. La diferencia entre los grupos de interés de las artes visuales y las otras disciplinas	321
BIBLIOGRAFÍA CITADA	323

PREÁMBULO



Título: “Políticamente correcto”

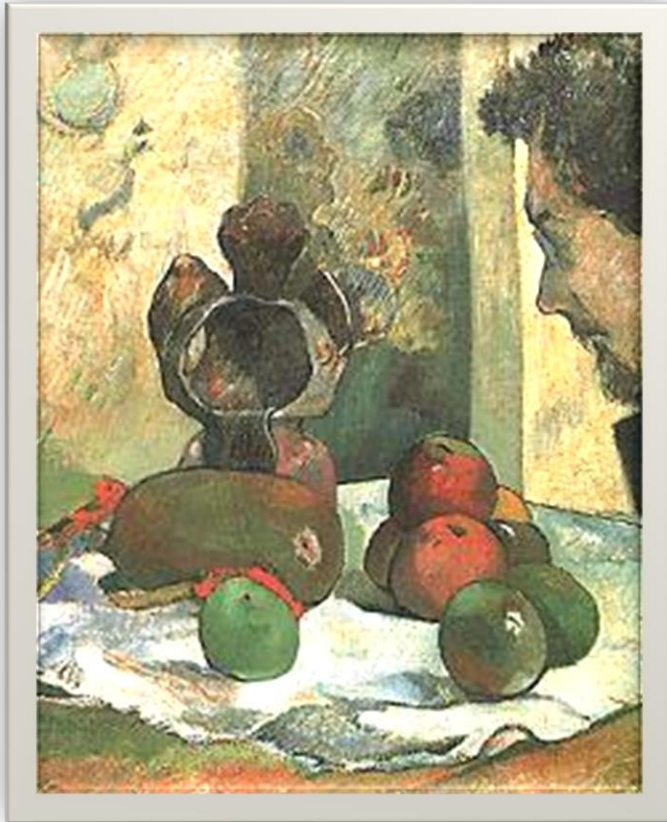
Autor: Wilfredo Prieto

Fecha: 2008

Técnica: Sandía, dimensiones variables.

Copyright© *Yasushi Ichikawa*

Edición de 1 más prueba de artista. Colección privada



Título: “Naturaleza muerta con perfil de Laval”

Autor: Paul Gauguin

Fecha: 1886, año en que se aprobó la convención de Berna, el primer tratado internacional sobre propiedad intelectual.

Técnica: Óleo sobre lienzo

Dimensiones 46 cm × 38 cm

Museo de Arte de Indianápolis

Obra en el dominio público.

Durante más de dos décadas he tenido la oportunidad de conocer muy cerca artistas contemporáneos de varios países del mundo, y como jurista, nunca ha dejado de sorprenderme una cierta distancia, casi indiferencia, que percibía entre este colectivo de creadores -sobre todo entre los más jóvenes- respecto a la Ley de Propiedad Intelectual. Si la Ley de Propiedad Intelectual fue creada, entre otros motivos, para ofrecer a los creadores un incentivo para enriquecer el mundo con sus creaciones, ¿por qué una gran parte de los artistas visuales contemporáneos no solo no pretenden

ejercer los derechos que esta Ley les confiere, sino que, además, se alinean con las tendencias más críticas a los derechos de autor y perciben esta ley como un obstáculo para desarrollar su obra?

El arte contemporáneo se manifiesta en una variedad infinita de expresiones. Los artistas contemporáneos crean obras artísticas originales expresadas en soportes tangibles, pero también se expresan mediante instalaciones de objetos e imágenes apropiadas, a través de performances efímeras, de ideas que no alcanzan el umbral de originalidad o de expresión en un soporte tangible o intangible exigido por la Ley de Propiedad Intelectual, o facilitando procesos colectivos de debate y participación e integrando a otras personas ajenas a su trabajo en su proceso de creación hasta el punto que la autoría de la obra artística es tan difusa que ya no encaja en las tradicionales categorías de “autor” que prevé la Ley de Propiedad Intelectual. Los “artistas” y sus “obras” cada vez se parecen menos a aquel arquetipo de artista decimonónico de inigualable talento que enriquecía el mundo con sus obras de arte originales y al que el sistema legal debía proteger porque siempre se encontraba en el lado más débil de la negociación.

La Ley de Propiedad Intelectual está en constante evolución. Solo en la Unión Europea se han implementado en los últimos veinte años once Directivas y dos Regulaciones con el objetivo de armonizar las legislaciones nacionales y asegurar que los bienes y servicios objeto de la propiedad intelectual circulan libremente en el mercado europeo y en el ámbito digital. Este gran esfuerzo legislativo responde principalmente a un esfuerzo extraordinario para adecuarse al avance tecnológico-la transición del mundo analógico al digital- que ha afectado de manera irreversible como se copia, distribuye y comunican las obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual.

Sin embargo, las leyes de propiedad intelectual no parecen haber tomado cuenta de que, hace exactamente 100 años, un artista llamado Marcel Duchamp, (indudablemente uno de los artistas más importantes del siglo XX) colocó un urinario en un museo bautizándolo con el título “*Fountain*” cambiando la historia del arte para siempre.

El objetivo de esta tesis doctoral es cuestionar si la Ley de Propiedad Intelectual –creada como veremos, con el objetivo de fomentar la creatividad, otorgar derechos patrimoniales y morales al autor sobre su obra, promover la diversidad cultural y asegurar a la sociedad en general el acceso a las obras y prestaciones- es compatible con la práctica artística contemporánea. Es necesario reflexionar porqué algunos artistas visuales, sujetos a quien la Ley de Propiedad debería proteger, son en ocasiones los críticos más tenaces con su ley, argumentando que las actuales estructuras legales de protección de los derechos de autor que supuestamente la sustentan, o bien no alcanzan a proteger sus obras por la distancia existente entre obra artística y obra objeto de la propiedad intelectual, o bien colisionan inevitablemente con los derechos fundamentales de su libertad de expresión y de creación. Existen cientos de estudios doctrinales entre los juristas especialistas en derechos de autor que examinan con gran precisión y rigor la Ley de Propiedad Intelectual. El presente estudio pretende acercara los juristas el contexto y la realidad de uno de los supuestos de hecho que esta ley pretendía proteger: Las artes visuales, el arte contemporáneo, más concretamente el arte conceptual y el apropiacionismo. Para contar con una legislación efectiva que cumpla sus objetivos conviene empezar por examinar el objeto de su protección y decidir cuáles deberían ser los resultados de la aplicación de esta ley. Solo después de realizar este ejercicio se podrían hacer las enmiendas necesarias para que la normativa siga siendo útil a un sector que, en parte, ha dejado de percibir la Ley de Propiedad Intelectual como la suya.



Título: *Le Déjeuner sur l'herbe* 1863 y *Le Dejeuner sur l'herbe* 1960

Autor: Édouard Manet (fig. izquierda) y Pablo Picasso (fig. derecha)

Fecha: 1886, año en que se aprobó la convención de Berna, el primer tratado

La práctica artística de apropiarse de obras ajenas es una parte inevitable de la cultura contemporánea. Hasta un cierto punto todos los artistas son apropiacionistas. Los artistas actuales se nutren y se inspiran en la vasta riqueza de la cultura visual contemporánea que nos rodea: Muchas obras de arte contemporáneo incorporan en mayor o menor medida músicas ajenas, referentes populares, celebridades, iconos del arte y de la publicidad, imágenes de fotoperiodismo...

Sin embargo, los principios legales que regulan el uso de las obras ajenas en las propias creaciones permiten esta práctica solo bajo condiciones muy restringidas. Tanto los encorsetados sistemas límites cerrados de Europa continental como el complejo entramado jurisprudencial del Fair Use de los sistemas anglosajones no dejan prácticamente espacio para la apropiación artística, considerando infractoras casi todas las obras que incorporan obras ajenas. Copiar la obra de otro para integrarla en el proceso creativo nunca es accidental, por lo tanto, y como regla general, el mensaje del legislador y de la jurisprudencia para el artista es este: si quieres copiar la obra de otro, hazlo, pero paga.

La incorporación de obras ajenas en las propias obras es una práctica no solo contemporánea, sino que es una parte intrínseca del proceso creativo desde los orígenes de la historia del arte. Los artistas copian, reinterpretan y se apropian de obras ajenas ya desde el siglo XVI en el que Vasari fundó *L'Accademia delle Arti e del Disegno* de Florencia, la academia de Bellas Artes más antigua del mundo, basando la formación de los artistas en la copia y el estudio de los grandes maestros.

Si en el siglo XX se hubiera aplicado la Ley de Propiedad Intelectual con la misma inflexibilidad con lo que lo hacemos ahora, la historia del arte no hubiera conocido obras tan importantes como las incontables versiones y homenajes que existen del *Guernica* de Picasso, y muchas de las obras de Andy Warhol o de Roy Lichtenstein no podrían exponerse en los museos más visitados del mundo. La Ley de Propiedad Intelectual ha incorporado en sus recientes reformas una mengua sistemática de los límites que permiten el uso de obras ajenas hasta el punto de crear una gran inseguridad jurídica a los creadores y titulares de las obras que, según los expertos en historia del arte constituyen una parte fundamental del desarrollo de la creación contemporánea, y, paradójicamente, ha dejado de proteger a las obras de un buen

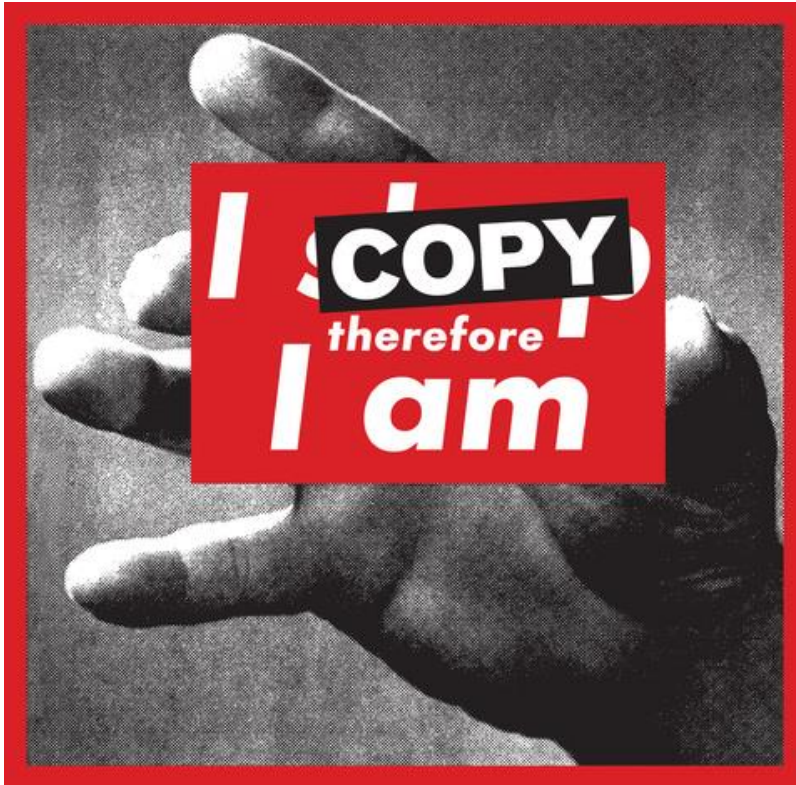
número de artistas que utilizan para sus creaciones material expresivo ajeno a los pinceles, los lienzos y los demás formatos tradicionales.

No solo la Ley de Propiedad Intelectual considera infractoras a un gran número de obras que forman parte de la historia del arte, sino que, además, no considera “obras” protegibles por la propiedad intelectual a muchas de las obras del arte conceptual, que por no estar “plasmadas en un soporte tangible o intangible” o no cumplir con los requisitos de originalidad no pueden obtener la protección que les confiere esta ley.

Fundamentos enraizados en la doctrina de la Ley de Propiedad Intelectual como la distinción entre idea y expresión de la idea no tienen buen encaje en el caso del arte conceptual, cuya esencia definía de manera precisa Sol LeWitt en la revista *Art Forum*: *“En el arte conceptual la idea o el concepto es la parte más importante de la obra. Cuando un artista usa una forma conceptual del arte, significa que todas las decisiones importantes las ha tomado con anterioridad y que la ejecución de su obra es un puro trámite”*.

La razón de ser de la Ley de Propiedad Intelectual es preservar la creatividad del intelecto humano -y en particular de los artistas- sin entrar en valoraciones estéticas. Un óleo sobre lienzo de estilo figurativo como los que abundaban en los museos y las galerías de arte en 1886 cuando se aprobó la convención de Berna, aunque no tenga ningún tipo de valor artístico, será con certeza objeto de protección. Sin embargo “Políticamente Correcto”, una obra artística del artista conceptual Wilfredo Prieto formalizada como una sandía cortada en forma en forma de cubo, quedará fuera del alcance de la protección de la Ley de Propiedad Intelectual.

Debemos cuestionarnos si la forma en que actualmente regulamos, gestionamos, entendemos y valoramos los “frutos del intelecto” se adecua –o no- a una gran parte de la creación contemporánea.



SUPERFLEX, un grupo artístico basado en Copenhague, se apropió de la icónica obra de Barbara Kruger "*I shop, therefore I am*" para crear el trabajo, "*I copy, therefore I am.*" que estamparon en camisetas. La conocida galería Nils Staerk de Copenhague presentó la obra en un vinilo de grandes dimensiones en la feria Art Basel 2011. Art Basel es, probablemente, la feria de arte contemporáneo más importante del mundo.

INTRODUCCIÓN

En enero de 2015, el mundo del arte contemporáneo se escandalizaba al conocer la noticia de que el pintor Luc Tuymans había sido condenado por infracción de derechos de autor por un tribunal de Amberes por “A Belgian Politician” un lienzo de 2011 que realizó inspirándose en una fotografía del político Jean-Marie Dedecker tomada por Katrijn Van Giel, una fotógrafa del periódico belga *De Standaard*. Van Giel tomó la foto el día de la derrota de Dedecker en las elecciones de 2010 y Tuymans pintó el lienzo al óleo a partir de la fotografía. La fotógrafa demandó al pintor por infracción de derechos de autor y sentencia se pronunció a su favor, estableciendo para el pintor una multa de 500.000€ en caso de reproducción de la obra del lienzo y una pena de 500.000 € adicionales al coleccionista que compró el cuadro si este ejercía el derecho de comunicación pública del cuadro exponiéndolo en un espacio público.



Fig. Izquierda: foto de Judy Van Giel de Jean-Marie Dedecker (2010).

Fig. Derecha: “A Belgian politician”, de Luc Tuymans (2011)

fuentes: <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws/cultuur%2Ben%2Bmedia/kunsten/1.2432453>

Tuymans reconoció en el juicio que la obra partía de la fotografía como inspiración y reclamó la protección de la parodia con la finalidad de justificar la copia de la obra de un tercero sin solicitar la correspondiente licencia, pero el juez no aceptó el argumento por considerar que el lienzo no había utilizado el trabajo original en un modo humorístico¹.

¹ El artículo 22 sección 6 de la ley de copyright belga incluye la excepción de la parodia: *Art. 22. —(1) Once a work has been lawfully published, its author may not prohibit: (...) 6. Caricature, parody and pastiche, observing fair practice. Law of June 30, 1994, on Copyright and Neighboring Rights (as amended by the Law of April 3, 1995)*

Tuymans es un pintor de reconocido prestigio en el sector de las artes visuales. Su trabajo se vende en Saatchi, una de las galerías de más influencia internacional, y colecciones de todo el mundo cuentan con obras suyas. Fue considerado uno de los pintores más emblemáticos de su generación. La práctica artística de Tuymans se basa en interpretar imágenes preexistentes, ya sean dibujos, fotografías o imágenes de películas, tratando de temas tan diversos como la caída de las torres gemelas o las colonias de Bélgica². Su obra se enmarca en la corriente artística llamada “apropiación”.

Este caso es solo un ejemplo en que la aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual resulta en una sentencia condenando a un artista contemporáneo y prohibiendo la diseminación de sus creaciones. Sin embargo, la lista de artistas que incorporan obras de terceros en sus trabajos incluye nombres tan conocidos como Andy Warhol, Lichtenstein, Rauschenberg, Sherry Levine, o hasta los históricos Van Gogh y Gauguin con sus copias de estampas japonesas hasta Picasso con su célebre versión de “Le déjeuner sur l’herbe” de Edouard Manet o su homenaje a las Meninas de Velázquez. Otros ejemplos de pintores españoles considerados “apropiacionistas” incluyen al Equipo Crónica o al conocido fotógrafo Joan Fontcuberta, pasando por artistas de trayectoria sumamente consolidada como Antoni Muntadas o Carlos Pazos, sin olvidar a los artistas de generaciones más jóvenes, pero de amplia trayectoria internacional como Daniel García Andújar u Oriol Vilanova.

Tomemos por ejemplo las obras de Joan Fontcuberta.

Joan Fontcuberta (Barcelona, 1955) es artista, docente, historiador, ensayista, comisario y crítico especializado en fotografía. Durante su carrera ha recibido numerosos premios y reconocimientos tanto a nivel nacional como internacional, como el premio Octavius Hill por la Fotografisches Akademie GDL de Alemania en 1988, la condecoración *de Chevalier de la Orden des Arts et des Lettres* por el Ministerio de Cultura de Francia el 1994, el Premio Nacional de Fotografía, otorgado por el Ministerio de Cultura de España en 1998 y en 2013, el Premio Internacional de Fotografía Hasselblad, uno de los más importantes del mundo.

Las obras de Fontcuberta se han expuesto en decenas de museos y salas de arte, principalmente en Europa, Estados Unidos y Japón, como el Folkwang Museum de Essen

² LUCIE-SMITH, E.. *Art Today*, Phaidon, Londres 2004 th edn. Hoja de sala de la exposición inaugurada el 29 de enero de 2008.

(1987), el MoMA (1988) , el Museo de Arte Contemporáneo de Sevilla (1989), el IVAM de Valencia (1992), la Parco Gallery de Tokio (1992), el Museo de Bellas Artes de Bilbao (1995) el Museo del Elisée de Lausana (1999) , el Museo Nacional de Arte de Cataluña de Barcelona (1999) o la Redpath Museum de Montreal (1999), o el Canal de Isabel II en Madrid (2016).

Su obra está presente en muchas colecciones de fotografía, tanto privadas como institucionales. Ha promovido festivales como la Primavera Fotográfica y SCAN, ha sido director artístico del festival de fotografía de Arlés, y fue fundador de la revista Photovision.

“Las imágenes se han vuelto ideas”- declaraba Fontcuberta en una entrevista en “el País”³. Este artista de reconocido prestigio internacional, gran conocedor de los derechos de autor y forma parte de la Junta del VEGAP⁴, trabaja con imágenes ajenas que toma “prestadas” de internet y de otras fuentes. Tomemos como ejemplo los *Googleramas*: Se trata de una serie de obras elaboradas con cientos de imágenes tomadas de internet aleatoriamente y reorganizadas a través de un programa informático de freeware que forma nuevas fotografías ordenando las imágenes apropiadas según su intensidad, luminosidad y color. La imagen modelo se puede ver desde una cierta distancia, pero una observación más cercana permite reconocer perfectamente cada una de las imágenes que se ha sacado de internet. Nadie dudaría de la originalidad y valor artístico y discursivo de esta famosa serie de Fontcuberta, y, sin embargo, el autor, en este caso, ha sustituido el "clic" de la cámara por el "clic" del ratón. Ni una de estas imágenes es suya. Ni siquiera es el autor del programa que re-organiza las imágenes para crear una imagen nueva. Fontcuberta define este trabajo en su web como "Ready made generativo, poesía visual automática"⁵.

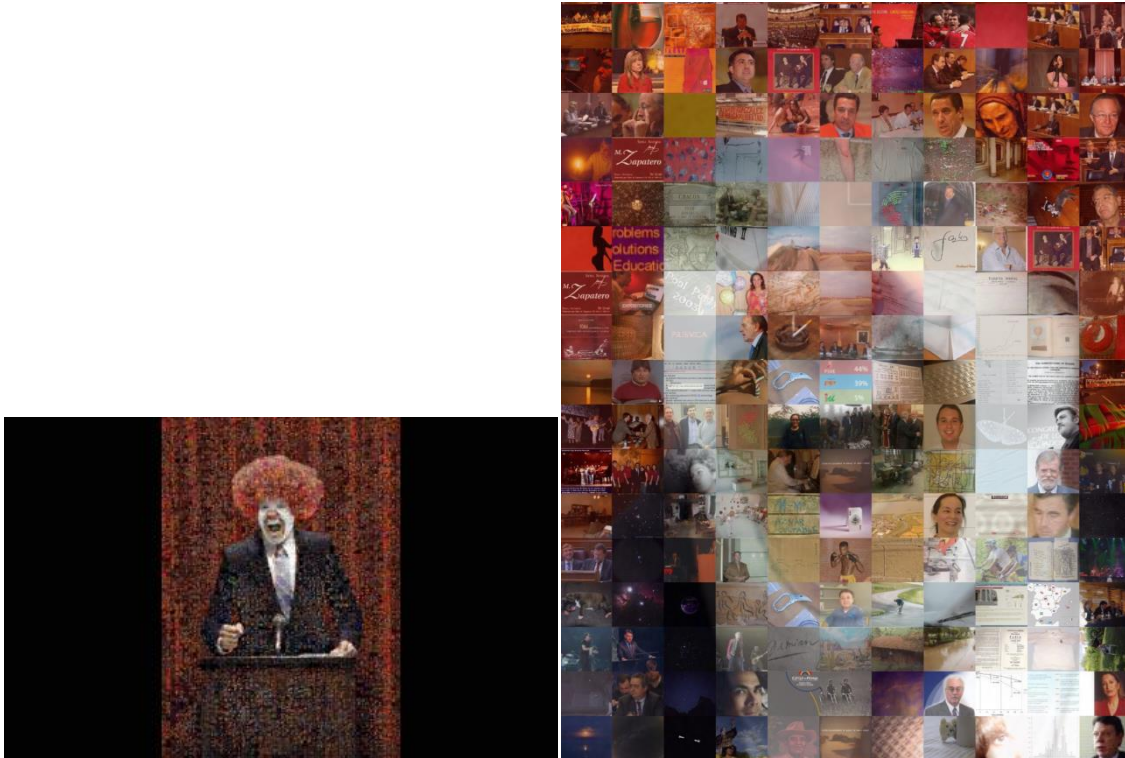
Si aplicáramos la Ley de Propiedad Intelectual española a esta serie de obras llegaríamos a la conclusión de que estamos ante una creación que no tiene la cadena de derechos bien formada, ya que la reproducción de las imágenes de internet no está acompañada de la

³CRESPO MACLENNAN, Gloria. B “Joan Fontcuberta: «Las imágenes se han vuelto ideas»” Babelia, el País. 17 de Febrero de 2016 http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/18/babelia/1453133408_940701.html; (última consulta 1/12/20)

⁴ Fontcuberta es consejero de la junta del VEGAP, la entidad de gestión colectiva de los artistas visuales en España www.vegap.es

⁵ <https://www.fontcuberta.com/>

autorización pertinente de sus titulares y, como veremos más adelante, no hay ninguno de los límites recogidos en el Capítulo II de la Ley de Propiedad Intelectual que permita el uso de imágenes ajenas en este caso⁶.



Joan Fontcuberta: “Payaso”, 2006. Obra construida con 5.040 imágenes sacadas de internet como resultado de la búsqueda de nombres de los integrantes del Congreso de los diputados durante la VIII legislatura española

Fuente: <https://www.fontcuberta.com/>

Si la Ley de Propiedad Intelectual existe “para promover el progreso de la ciencia y las artes”, según establece la constitución de los Estados Unidos⁷, o para “equilibrar el interés de los innovadores y el interés público (...) fomentando un entorno propicio para que prosperen la

⁶ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante LPI)

⁷ El Artículo I, Sección 8, Cláusula 8 de la Constitución de los Estados Unidos, conocido como *The Copyright Clause*, otorga competencias al Congreso de los Estados Unidos para: “*promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”.

creatividad y la innovación”, tal como establece la OMPI⁸, y la incorporación de obras de terceros es una práctica más que habitual en el proceso de creación artística, sentencias como la de Tuymans que consideran una corriente artística tan importante como la apropiación como plagio o el resultado de la aplicación de la ley a obras como los Googleramas de Fontcuberta deberían ser cuanto menos cuestionables.

Como veremos más adelante, la difícil misión de la Ley de Propiedad Intelectual desde su creación es encontrar el equilibrio entre el interés de los autores y el interés público. Para ello todas las legislaciones de propiedad intelectual contemplan una serie de límites (o *fair use* en el caso americano) que en condiciones restringidas permiten el uso de obras de terceros en aras a intereses generales y derechos fundamentales como la libertad de expresión, de información, o la libertad de creación.

Nos podemos preguntar entonces ¿qué sucede, como pasa en el arte, estos dos intereses -el del autor y el interés público- no son polos opuestos si no que coinciden en un solo sujeto? Cabe preguntarse si podría ser que la Ley de Propiedad Intelectual, persiguiendo el objetivo de promover la innovación y la creatividad para crear empleo y fomentar empresas competitivas protegiendo sus activos intangibles, haya olvidado –o apartado a un lado- los intereses de la cultura, más allá de los intereses de la industria cultural.⁹

Al mismo tiempo, obras de conocidísimos artistas conceptuales como Dora García, Antonio Abad, Tino Sehgal, Wilfredo Prieto, Lawrence Weiner u otros muchísimos artistas cuyas producciones no están plasmadas en un soporte tangible tradicional, ni siquiera parecen

⁸ <http://www.wipo.int/about-ip/es/index.html>. WIPO o la OMPI (en su versión española) es la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, un organismo especializado de las Naciones Unidas.

⁹ Buen ejemplo de este enfoque es la justificación de la Ley de Propiedad Intelectual expuesta en la página web de la Comisión Europea: *In our increasingly knowledge-based economies, the protection of intellectual property is important for promoting innovation and creativity, developing employment, and improving competitiveness. The European Commission works to harmonise laws relating to industrial property rights in EU countries to avoid barriers to trade and to create efficient EU-wide systems for the protection of such rights. It fights against piracy and counterfeiting and aims to help businesses, especially small businesses, access and use intellectual property rights more effectively.* Disponible https://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property_en (última consulta 1/12/20)

tener los requisitos necesarios para poder considerarse “obras” bajo la definición de Ley de Propiedad Intelectual

En “Doorstep Piece II”¹⁰ Dora García interviene discretamente un espacio galerístico colocando unos libros en el umbral de una sala. Los libros contienen *mezuzahs*, versos hebreos tradicionalmente situados en las entradas de las casas para convertirlas en hogares adecuados para los fieles. Esta discreta intervención, cargada de complejidad conceptual y de significado simbólico, no tiene sin embargo el requisito de “originalidad” que la ley requiere para conceder derechos de autor a una obra de arte. ¿Que tienen de original unos simples libros reposando en el suelo?

Dora García (Valladolid, 1965) es una artista de reconocimiento internacional que investiga en su obra los parámetros y las convenciones que gobiernan la presentación del arte, la cuestión del tiempo -real y ficticio- y los límites entre representación y realidad.

Su trabajo, de naturaleza conceptual, utiliza la ficción como herramienta para presentar la realidad como algo múltiple y cuestionable. Se apoya en diversos soportes creativos -textos, fotografías, performances e instalaciones site-specific- para generar contextos en los que el esquema tradicional de comunicación -emisor-mensaje-receptor- queda alterado, lo que modifica la relación tradicional entre el artista, la obra y su audiencia.

En 2011 fue representante de España en la Bienal de Venecia y en 2012 participó en la “*DOCUMENTA (13)*”. Dora García ha expuesto de manera individual en el CGAC (Santiago de Compostela, 2009), la Galleria Civica di Trento (2010), la Power Plant (Toronto, 2011), la Kunsthaus Bregenz (2013) y la Universidad Torcuato di Tella (Buenos Aires, 2014)¹¹.

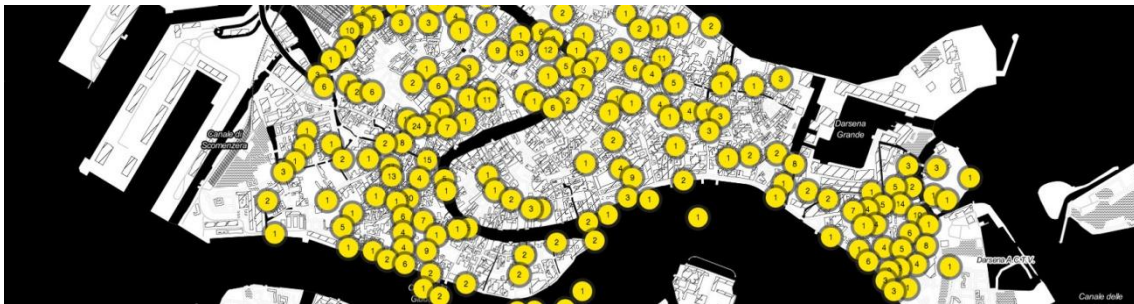
Es también el caso de Antoni Abad¹², un artista con una importante trayectoria que utiliza principalmente teléfonos móviles para crear sus obras de arte cargadas de activismo social.

¹⁰ Este trabajo fue realizado en “Galeri F15”, en Moss, Noruega, 2015 <http://www.punkto.no/dora-garcia-a-letter-from-joyce-to-ibsen-the-inadequate.5624341-185064.html> (ultima consulta 1/12/20)

¹¹ <http://www.barcelonagalleryweekend.com/artista/dora-garcia-cat/>

Antoni Abad (Lleida, 1956) recibió el Golden Nica Digital Communities del Prix Ars Electronica en Linz, Austria, el concurso de arte electrónico más prestigioso a nivel internacional. Ha participado en varias Bienales, entre ellas la famosa “Aperto” de Harald Szeeman en Venecia el 1999, o la Biennial de Mercosul Porto Alegre (2009) o la de Berlin (2016). Sus trabajos se han presentado en centros como el Centro de Arte Reina Sofía, la Casa Encendida, el MACBA, el New Museum y PS1 de Nueva York, el Hamburger Bahnhof de Berlín o el ZKM de Karlsruhe en Alemania, el Museo de Arte Moderno en Buenos Aires; Laboratorio de Arte Alamed, la Pinacoteca do Estado de Sao Paulo a Brasil, entre otros.

Abad confiere todo el protagonismo de sus obras a los colectivos con los que trabaja (taxistas, gitanos, personas ciegas, con baja visión o con movilidad reducida...) que convirtiéndose en cronistas de sus propias historias tejen la “obra”; que no es más que un entramado de comunicaciones a través de aplicaciones de móvil o de otros sistemas que invitan a la reflexión desafiando la cuestión de la autoría y haciendo difícil el encaje dentro del parámetro de obra “plasmada en un soporte tangible o intangible”.



Antonio Abad, Mapa de mensajes de voz subidos a la app “Blindwiki” por las personas del colectivo “Blindwiki” en la intervención de Antoni Abad para el pabellón catalán de la Bienal de Venecia de 2017

Fuente: <https://www.llull.cat/monografics/blindwiki/>

¿Dónde está “la obra”? ¿Qué es “la obra”? ¿La “Aplicación de móvil creada por un programador”? ¿Los relatos de los invidentes? ¿El diseño de la portada del catálogo? ¿Quién es el “autor” de la obra si Abad no participa en el proceso excepto coordinando y organizando a los participantes utilizan teléfonos móviles para realizar registros de audio geolocalizados sobre sus experiencias en las ciudades que habitan? Según lo establecido en el artículo 10 de

la LPI, “son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales, literarias artísticas o científicas”, enumerando a continuación, a título de ejemplo, diversos tipos de obras que se incluyen en este concepto, incluyendo entre ellos “Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza, las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicada; los programas de ordenador 13. También el convenio de Berna en su artículo 2 se expresa de una manera parecida¹⁴. Los relatos, el catálogo y la aplicación parecen encajar en estas definiciones, pero su autor no es des de luego Antoni Abad: Abad es el autor del concepto, de la idea, y las ideas no están protegidas por la propiedad intelectual.

¹³ LPI, art 10; subapartados a, e i.

¹⁴ *Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.* Convenio de Berna, art 2 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886,



Imagen de la exposición 'Antoni Abad. megafone.net/2004-2014'. Foto: Miquel Coll

El mundo del arte ya hace tiempo que ha aceptado tanto en su vertiente teórica, académica y comercial que una obra llamada "*The Physical Impossibility of Death in the Mind of Someone Living*" y que consiste en un tiburón sumergido en formol es una obra de arte¹⁵, que *My bed* una cama deshecha y en una habitación desordenada es una de las obras más conocidas de Tracey Emin, una de las artistas más populares del Reino Unido, o dos personas besándose en un museo es una de las obras maestras del artista conceptual Tino Sehgal¹⁶.

¹⁵ *The Physical Impossibility of Death in the Mind of Someone Living* es una obra creada en 1991 por Damien Hirst, artista británico y destacado miembro de los "Young British Artists" (o YBA). Se trata de un tiburón tigre preservado en formol en una vitrina. Fue encargado originalmente en 1991 por Charles Saatchi, que lo vendió en 2004 a un coleccionista por una cantidad no revelada, pero que se estima entre los 8 y los 12 millones de dólares.

¹⁶ *Kiss* (2007), de Tino Sehgal, expuesto en el Museo de Arte Contemporáneo de Chicago, es una obra en la que dos actores se besan, referenciando obras de arte históricas llamadas "El Beso" como Auguste Rodin (1889), Constantin Brancusi (1908), Gustav Klimt (1907-1908), o la *Cicciolina* (1990-91) así como varias pinturas de Gustave Courbet de la década de 1860.



Demian Hirst, *The Physical Impossibility of Death in the Mind of Someone Living*, 1991

Tiburón en formol



Tracey Emin, *My Bed* 1998 Colchón,

Sábanas, almohadas, objetos 79 x 211 x 234 cm

Tuymans, Fontcuberta, Dora García, Antoni Abad, Demian Hirst, Tino Sehgal o Tracey Emin no son “outsiders” ni artistas emergentes; son artistas reconocidísimos y muy cotizados que forman parte del arte contemporáneo actual a pesar de que, seguramente, en los círculos no muy cercanos al arte contemporáneo causan una impresión no muy diferente a la que en su momento causaron Pollock, Duchamp o John Cage.

Estas nuevas formas de expresión artística no son ejemplos aislados dentro del sistema del arte global, sino que constituyen permanente y consistentemente uno de los ejes centrales de bienales, centros de arte, museos nacionales, galerías, ferias, simposios académicos, colecciones, debates. Desde ARCO hasta Art Basel (la feria de arte contemporáneo más

importante del mundo), pasando por la Bienal de Venecia, la Biennial de Sao Paolo, centros de arte como el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía dirigidos por personas de incuestionable prestigio, o museos de influencia internacional como el MOMA; la Tate Gallery o los varios Guggheimeim; todos ellos presentan el arte apropiacionista y el arte conceptual como uno de los ejes principales e incuestionables del sistema artístico.

El arte apropiacionista y el arte conceptual son dos corrientes artísticas tan importantes y que enriquecen tanto el contexto artístico como el arte expresionista o el pop art o el arte surrealista. Sin embargo, este tipo de obras no solo no gozan de la misma protección que los demás estilos artísticos bajo la Ley de Propiedad Intelectual (en el caso del arte conceptual) si no que, además, parece que son contrarias a ella (en el caso del arte apropiacionista).

El objetivo de esta tesis no es en absoluto analizar los efectos de las últimas reformas de la Ley de Propiedad Intelectual en las obras creadas en el entorno digital, que de manera rigurosísima y extensísima han sido analizados y estudiados por la doctrina especializada.

La intención de este trabajo de investigación es, en primer lugar, analizar si en las distintas jurisdicciones, el objetivo de la Ley de Propiedad Intelectual se cumple al aplicarla a obras de arte conceptual como las anteriormente descritas y analizar si el resultado es el mismo que la protección otorgada a las obras de formato y contenido más tradicional, o si, al contrario, estas obras artísticas quedan fuera de ella.

En segundo lugar, y con el mismo objetivo, nos preguntaremos si la aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual al arte que incorpora contenidos ajenos sin autorización de su titular puede colisionar con alguno de los derechos fundamentales como la libertad de expresión o la libertad de creación, o si la ingente cantidad de usos tolerados y no perseguidos convierte el arte contemporáneo en una zona de imposible inseguridad jurídica para los artistas, galerías, coleccionistas y centros de arte que muestran arte contemporáneo.

Esta investigación se centra exclusivamente en la comparación del derecho de autor en las jurisdicciones europeas y norteamericana.

CAPITULO 1: EL FUNDAMENTO O JUSTIFICACIÓN DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA DEFINICIÓN DEL ARTE**1. Introducción**

El Congreso de 2017 de ALAI, la *Association Littéraire et Artistique Internationale* versó sobre la cuestión “*Derechos de Autor: Ser o no ser. ¿Cuál es la justificación de los derechos de autor y los derechos conexos, y que podemos hacer para estar a la Altura?*”¹⁷

En el Informe general de la Justificaciones del Derecho de Autor realizado por Jane Ginburg relataba lo siguiente: De los 23 países que contestaron al cuestionario, 18 respondieron que la Justificación de los derechos de autores se basaba en el derecho de autor como derecho fundamental basándose en el derecho moral de la personalidad (Infusión de uno mismo, según la filosofía Hegeliana), 9 países respondieron que el la Propiedad Intelectual se fundamentaba en un Derecho Natural (según la filosofía de Locke, os frutos del trabajo).

Por lo que respecta a las justificaciones del Derecho de Autor como utilitarismo, 17 países declararon que el objetivo de la Ley de Propiedad Intelectual era Promover la Creación o la Cultura (teoría de los incentivos), 14 Países declararon el objetivo de promover o proteger las industrias creativas (economía), 13 premiar a los creadores (teoría del trabajo), 11 proteger a los creadores (teoría de la subsistencia), 8 proteger la propiedad privada y 12 equilibrar los intereses públicos (creación o divulgación de acceso/idea)

Según este informe, las dos justificaciones de la existencia de los derechos de autor con un mayor apoyo en los países que respondieron a la encuesta son la protección del derecho de autor como derecho fundamental basado en el derecho moral o la personalidad del autor,

¹⁷ ALAI es una asociación de alcance internacional dedicada al estudio y debate sobre temas jurídicos relacionados con el derecho de autor. ALAI fue fundada en 1878, por iniciativa de la *Société des Gens de Lettres* y bajo la presidencia honoraria del escritor francés Víctor Hugo, con el objetivo de avanzar en el reconocimiento internacional de la protección jurídica de los autores y de sus creaciones intelectuales. El primer gran resultado ALAI fue la adopción del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas en 1886, suscrito en la actualidad por 177 Estados. ALAI circula un cuestionario sobre la temática de cada congreso y encarga a un jurista de reconocido prestigio la redacción de un informe general. El programa del evento se puede consultar en este enlace

www.alai2017.org › ALAI_2017 › Programmebook_web

con la respuesta afirmativa de 78,26% de los países encuestados) y en segundo lugar promover la creación y la cultura (teoría de los incentivos), con respuesta positiva en un 73,91% de los países encuestados. La promoción de las industrias creativas (la economía) quedaría en un tercer lugar, con el 60,87 % de los países que respondieron de manera afirmativa¹⁸.

Una apreciación importante a tener en cuenta en este recuento es que por lo que respecta a la protección del derecho moral o de la personalidad, 6 de los 18 países que respondieron afirmativamente lo hicieron a través de justificaciones presentes en fuentes jurídicas secundarias¹⁹. Por ejemplo, en Estados Unidos, como explica a continuación, la protección de los derechos morales, aunque existe, es mucho más débil que en los países europeos. El estatuto que los reconoce (el VARA ACT) es renunciable, cosa que no sucede en las jurisdicciones europeas que consideran los derechos morales como irrenunciables e intransferibles. Por lo que respecta a la promoción de la creación y de la cultura como finalidad utilitarista (incentivos) solo dos países reportaron defender este fundamento a través de fuentes jurídicas secundarias y no a través de la legislación parlamentaria²⁰.

Por lo tanto, puede considerarse que, aunque a pesar de que el derecho moral como derecho fundamental fue reconocido por un porcentaje ligeramente mayor, el hecho de que el segundo fundamento (la teoría de los incentivos) fuera reconocida mayoritariamente a través de legislación o trabajos parlamentarios de los países en cuestión y apoyadas por la doctrina en general, y no en fuentes secundarias, da una mayor relevancia a este segundo objetivo o justificación.

2. El beneficio económico para como el objetivo de la propiedad intelectual

El “verdadero” derecho de autor, tal como relata Jane Ginsburg en el “informe General, Justificaciones de los Derechos de Autor” del congreso de ALAI de 2017, empezó con el

¹⁸ GINSBURG; JC. “Informe general, Justificaciones de los Derechos de Autor” en *Copyright, to be or not to be*, Actas de ALAI, Congreso de 2017 en Copenhague, p. 50-51

¹⁹ Estos países son Canadá, Dinamarca, Suiza, Holanda, Turquía y Estados Unidos

²⁰ Dinamarca y Portugal.

estatuto de Anne de 1710²¹. El Estatuto de Anne se promulgó en Inglaterra con el objetivo de conceder derechos exclusivos a autores y a editores, pero los primeros testimonios de la *pretensión* de los artistas para proteger su obra a través de la propiedad intelectual aparecen en varios países ya en el siglo XVI: Ginsburg menciona en su informe general un documento del *Archivo secreto Vaticano* en el que justamente un artista visual, Antonio Tempesta, pintor y grabador florentino que dedicó de muchos años de esfuerzo a crear un grabado de la “Nueva Roma”, y temiendo que otros pudieran copiar su obra sin su permiso, solicita al Pontificio, autoridad que confería los privilegios papales de impresión, que le conceda el privilegio especial de la exclusividad de poder imprimir durante diez años su trabajo.

Ginberg relata en su informe que la motivación de Tempesta para solicitar la protección de su obra (el esfuerzo invertido y evitar la competencia desleal) están todavía vigentes en la razón fundamental de la existencia de los derechos de autor. Ginsberg da cuenta de que “muchos antes del Estatuto de Anne, el régimen de los privilegios de impresión ya tenía bien entendidos los monopolios de impresión como incentivos a la inversión financiera e intelectual”, y menciona también el segundo pilar de la ley moderna de derechos de autor: los derechos exclusivos de la creatividad personal. Del escrito de Tempesta transluce un interés para proteger su honor personal, presagiando así la concepción de los derechos morales²².

Desde sus inicios, tal como relata Ginberg, el beneficio económico y el reconocimiento personal están en la base de la pretensión del autor de las obras que, por su naturaleza intangible, pueden ser multiplicadas hasta el infinito una vez divulgadas sin perder su valor.

En Estados Unidos el primer objetivo originario de la propiedad intelectual y el que todavía subyace bajo la normativa anglosajona es proveer al autor de un incentivo económico para

²¹ “Informe general, Justificaciones de los Derechos de Autor”, Op. Cit., p. 41

²² “Informe General, Justificaciones de los Derechos de Autor”, Op. Cit., P. 43

seguir creando²³. La cláusula de patentes y derechos de autor de la Constitución de los Estados Unidos mantiene y engrandece el espíritu del Estatuto de Anne:

En el texto del artículo I, sección 8, cláusula 8 de la Constitución Norte Americana, la llamada *“copyright clause”* de 1787 se declara *“El Congreso tendrá el poder (...) de promover el progreso de la Ciencia y de las Artes útiles, asegurando por un tiempo limitado a los autores e inventores el derecho limitado a sus escritos y descubrimientos”*²⁴. El texto identifica dos objetivos: incentivar la expresión creativa y su difusión a través de proporcionar un incentivo económico a sus creadores, pero también un objetivo relativo al bien común *“promover el progreso de la Ciencia y de las Artes útiles”*. Sin embargo, es interesante para el objetivo de esta investigación subrayar que la Ley de Propiedad Intelectual pensó inicialmente en las obras literarias y los inventos y no en las artes visuales como objeto de protección. Desarrollaré este punto más adelante.

Ginsburg explica que la *“copyright clause”* fusiona los dos fundamentos de los derechos de autor: Un derecho natural y una *“comprensión social contractualista”*²⁵. La autora identifica el fundamento natural del derecho argumentando que la constitución no da poderes al Congreso para *“conceder”* derechos de autor sino más bien para *“asegurar”* los derechos exclusivos de los autores. Sin embargo, el Juez Leval, se desmarcaba de esta voluntad de evocar una concepción arraigada en los derechos naturales de autor: En su famoso artículo *“Toward a Fair Use standard”* del que hablaremos más adelante con detenimiento, anuncia *“copyright is not an inevitable, divine, or natural right that confers on author the absolute*

²³ PROWDA, J B. «Visual Arts and the Law, a handbook for professionals», Land Humphries in association with Sotheby's Institute of Art, New York 2013. Prowda considera el derecho de autor o copyright como un *“derecho económico”* (p. 55 y ss.).

²⁴ *“The Congress shall have Power... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”* US Constitution, art I§8, cl 8.

²⁵ *“Informe General, Justificaciones de los Derechos de Autor”*, Op. Cit., P. 45

*ownership of their creations. It is designed rather to stimulate activity and progress in the arts of the intellectual enrichment of the public*²⁶.

Las primeras leyes de derechos de autor que aparecieron en los diferentes Estados y el primer estatuto federal de 1790, se basaron en el *Statute of Anne*. La fuente de los derechos de varios estatutos de derechos de autor del estado preconstitucional subraya Gisburg, no solo basan su justificación en la necesidad de un incentivo para crear sino también en el derecho natural a los frutos del trabajo propio.

El alcance de la Ley de Propiedad Intelectual –o, dicho de otra manera, el derecho que confiere al autor al monopolio del derecho de copia de sus obras, o el derecho de excluir a otros de la explotación de sus obras- se extendió progresivamente a otros productos del intelecto: Pronto fueron protegidos no solo los textos originales sino también los mapas, las partituras musicales, y las obras de arte.

El *Copyright Act* de 1976 es la ley vigente que regula los derechos de autor en Estados Unidos, aunque modificada por varias disposiciones posteriores. Entró en vigor el 1 de enero de 1978. El *Copyright Act* no solo se ocupa de los “escritos” o “descubrimientos” que se nombran en la “*copyright clause*” de la Constitución de los Estados Unidos, sino que extiende la protección a todo tipo de obras.

En Inglaterra, también la Ley de Propiedad Intelectual se fundamenta en fomentar un incentivo para crear. Uno de los casos más paradigmáticos de la jurisprudencia inglesa del año 2000 *Designers Guild Ltd v Russell Williams (Textiles) Ltd* resume de manera muy esclarecedora el espíritu de esta ley, enraizado en la competencia desleal: “*la ley de copyright se fundamenta en un principio muy claro: que cualquier persona que crea una obra original de cualquier tipo con su trabajo o talento podrá, por un tiempo limitado, gozar de un derecho exclusivo para copiar su obra. Nadie más podrá reproducir lo que el titular del copyright ha divulgado*”²⁷

²⁶ LEVAL, Pierre Nelson, “Toward a fair use standard”, Harvard Law Review, vol. 103, 1990, p.1105

²⁷ *Designers Guild Ltd v Russell Williams (Textiles) Ltd* (t/a Washington DC), [2001] E.C.D.R. 10 (23rd November, 2000) *Designers Guild Limited v Russell Williams* es un caso clave del *House of Lords* del año 2000 que versa sobre lo que constituye una copia en los casos de infracción de derechos de autor. El caso llegó ante los

Gran Bretaña es el país que vio nacer la que los historiadores del derecho consideran fue primera ley moderna de propiedad intelectual, el *Statute of Anne*, aprobado en abril del 1710. El *Statute of Anne* otorgaba a los impresores un derecho exclusivo de 14 años para explotar la obra de los autores publicados a partir de su aprobación. Este derecho era renovable si el autor se encontraba vivo después de los 14 años, y llegaba hasta los 21 años de protección para los escritos ya impresos

El Estatuto de Anne reconocía no solo los derechos económicos de las imprentas y vendedores de libros, sino también los de los autores²⁸. De nuevo, igual que en la *copyright clause*, es relevante la primera ley de propiedad intelectual, se concibió pensando en un supuesto de hecho: La industria editorial.

Las ideas del filósofo John Locke jugaron un papel fundamental en el paisaje político que dio lugar al este estatuto. El fundamento de la propiedad intelectual como la capacidad del hombre de controlar el fruto del trabajo del autor es heredero de su filosofía: Si el hombre es propietario de su cuerpo y del trabajo de sus manos, también será propietario del trabajo de su intelecto. Este concepto del valor del trabajo es también donde reposa la justificación del *copyright* de la sentencia *Designers Guild Ltd*

Antes de su promulgación, el derecho británico contemplaba también la existencia de un cierto *copyright* en el sistema del derecho común: los escritores podían acudir al derecho común para defender algunos derechos de su propiedad literaria, permitiéndoles una cierta protección contra las copias no autorizadas. Este concepto del derecho común del *copyright* está basado en el “derecho natural” que contempla la propiedad del fruto del intelecto del autor derivado del esfuerzo de su trabajo.

tribunales para determinar si hubo infracción en un diseño de una tela. A pesar de que tanto la obra protegida como el diseño infractor eran diferentes en detalle, la impresión general de los dibujos era la misma. Esta decisión es importante porque la *House of Lords* dictaminó que la infracción de los derechos de autor depende de si el acusado copia una parte substancial de la obra original, en lugar de si las dos obras son copias exactas.

²⁸ PROWDA, Judith B. «Visual Arts and the Law, a handbook for professionals ». Lund Humpries in association with Sotheby's Institute of Art, New York 2013, p. 56

Mucho se ha escrito en el Reino Unido sobre si el derecho común reconocía o no la existencia del copyright propiamente dicho antes de la aprobación del Estatuto de Anne. Desde que en 1731 algunos libros perdieron su protección algunos editores buscaron protección en los tribunales de derecho común, anterior al Statute of Anne. hasta que en 1768 el caso “Millar v. Taylor” reconoció la existencia del copyright en el derecho común²⁹.

El concepto de derecho natural también está enraizado en el Convenio de Berna, creado por iniciativa de la Asociación Literaria Internacional, fundada en 1878, que es la actual ALAI. En un congreso celebrado en Roma el 1882 se decidió convocar una conferencia con el fin de establecer un convenio internacional para proteger los derechos de autor. El objetivo del convenio debía ser reconocer “como principio superior y de derecho natural” que el autor de una obra literaria o artística debería quedar protegido y que dicha protección debería establecerse en igualdad de condiciones con los nacionales de cada nación³⁰.

La primera conferencia se celebró en Berna, dando lugar a la aprobación del convenio en Berna el 9 de septiembre de 1886. Posteriormente, el convenio fue completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de julio de 1928, en Bruselas en 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en París el 24 de julio de 1971, y enmendado el 28 de septiembre del 1979³¹. España formó parte del convenio de Berna desde su creación en 1886.

El Convenio de Berna consiguió asegurar un mínimo denominador común para la protección del derecho de autor en los países signatarios, basados en tres principios: que los estados

²⁹ DEAZLEY, R. *Rethinking Copyright: History, Theory, Language*. Edward Elgar Publishing, London, 2006 ed, p. 15. En 1765 Millar denunció a Taylor, un editor, por vender copias del libro “The Seasons” del poeta James Thomson. Taylor argumentó que el fallecimiento de Thomson en 1748 dejaba sus obras sin protección por el estatuto de 1709. En esta histórica decisión se reconoció el derecho de copyright en common law porque “es justo que un autor pueda recibir los beneficios económicos de su trabajo”. El estatuto de Anne se aprobó en abril de 1710 pero según la convención del momento se consideró vigente a partir del inicio del año real, Setiembre de 1709

³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artística*, Tecnos, 2003, p 49

³¹ *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artística*, op. Cit., p 15

miembros traten a los autores de otros estados signatarios por lo menos igual que a los propios nacionales (principio de trato nacional), suprime todo tipo de formalismo para la protección las obras, y fija unos protecciones mínimas obligatorias, estableciendo la duración del derecho de autor en la vida del autor más 50 años y reconociendo los derechos morales de paternidad e integridad³².

La Ley Francesa también basa su legislación en el concepto de derecho natural: *“El autor de una obra del espíritu goza sobre esta obra, por el solo hecho de su creación, de un derecho de propiedad intelectual exclusivo y oponibles a todos. Este derecho comporta atributos de carácter intelectual y moral además de atributos de carácter patrimonial”*³³. Este texto, indica Ginsburg, aparte de expresar el concepto de derechos naturales coloca los derechos morales del aturo por delante de sus derechos económicos³⁴.

La Ley de Propiedad Intelectual en España también tiene como objetivo asegurar el valor de mercado al fruto del trabajo de los profesionales que enriquecen el mundo con las creaciones de su intelecto en forma de bienes inmateriales. El profesor Bercovitz expresa este concepto con una claridad diáfana: *“Hablar de propiedad intelectual es hablar de discos, videos, libros, prensa, radio, televisión, espectáculos, discotecas, programas de ordenador, bases de datos, Internet... Cada vez que compramos videos, libros, prensa... escuchamos la radio, vemos la televisión o un espectáculo, accedemos a un sitio de Internet con algún contenido cultural, o simplemente utilizamos nuestro ordenador personal estamos obteniendo bienes o servicios que deben percibir directa o indirectamente alguna compensación económica por el uso que estamos haciendo de sus derechos (...) Hablar de propiedad intelectual es hablar de cultura, de su generación, de su difusión, y como puente entre aquella y éstas, del mercado de la*

³² La OMPI es el organismo de las Naciones Unidas que se encarga de administrar el Convenio de Berna http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html

³³ Ley Francesa de 1957, artículo 1 (recodificado como Code de la Propriété Intellectuelle art L.111)

³⁴ “Informe General, Justificaciones de los Derechos de Autor”, Op. Cit., P. 45

cultura, basado como el resto del mercado en el reconocimiento de la propiedad privada y de la libertad de empresa”³⁵.

En la legislación Española las *obras de artes plásticas* (y por ende el arte contemporáneo) están específicamente recogidas como objeto de propiedad intelectual en el Art 10 e) del Real decreto Legislativo 1/1996 de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Regularizando, Aclarando y Armonizando las disposiciones legales sobre la materia (en adelante, LPI), de la siguiente manera: “e) *Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía e historietas gráficas, tebeos y cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas*”³⁶

3. La protección de los derechos morales

El otro gran objetivo de la ley de derechos de autor, cuyo desarrollo se atribuye normalmente a Victor Hugo y que cuajó en Europa continental durante la época del romanticismo permaneciendo en las legislaciones europeas hasta nuestros días, es dotar al creador de herramientas para proteger los derechos morales de su creación. Los derechos morales de los autores están recogidos en el Artículo 6bis del convenio de Berna;

1. Derecho de reivindicar la paternidad de la obra; derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma;

2. Después de la muerte del autor; 3. Medios procesales

1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

³⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9a Edición, Tirant lo Blanc, Valencia 2019, p 19.

³⁶ La lista incluida en el art 10 de la LPI está precedida por el siguiente texto: *1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:* Se trata, por lo tanto, de una lista de ejemplos de obras que, cautelosamente, el legislador ha dejado abierta.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección.

En Europa Continental, además, estos derechos son intransferibles e inalienables. Con esta protección de los derechos morales, el convenio de Berna protege al autor además de la obra, y de manera especial en sus derechos morales. En este sentido es muy reveladora la terminología de los dos sistemas: En los países con un sistema de derecho civil hablamos de Derecho de Autor o *droit d'auteur*, poniendo el énfasis en los derechos del creador, mientras que en el sistema Angloamericano la atención se centra en el sujeto que copia, el *copyright*.

Los derechos morales en Estados Unidos no se reconocían de manera explícita en la legislación hasta que en 1988 entraron a formar parte del convenio de Berna y tuvieron que adoptar algunos cambios en su legislación. Esta fue la razón de la implementación del "Visual Artists Rights Act of 1990" (VARA), 17 U.S.C. § 106^a, una ley federal que garantiza los derechos morales de integridad y autoría permitiendo, sin embargo, renunciar a ellos por contrato, cosa que no es posible en Europa, donde los derechos morales son irrenunciables e inalienables. Algunos estados americanos como California han aprobado otras protecciones para los derechos morales de los artistas³⁷.

³⁷ El California Art Preservation Act (CAL. CIV: CODE §987) se aprobó en 1979 y fue el primer estatuto estatal que ofreció protección para los derechos Morales de los artistas. El estatuto limitó la protección a las obras de "fine arts" definiendo el término como "original painting, sculpture, or drawing of recognized quality". Otros estados que han codificado los derechos morales son Nueva York, Massachusetts, Maine, Pennsylvania, Louisiana, New Jersey y Rhode Island.

4. El equilibrio entre interés público y el monopolio del derecho de autor

Al otro lado de la ecuación está el interés público: A cambio de garantizar a los autores unos derechos exclusivos sobre la explotación de sus obras durante un tiempo limitado, la sociedad confiere a los creadores seguridad jurídica sobre sus creaciones (si son consideradas obras protegidas) y, por lo tanto, en principio, consigue mantener los bienes culturales inmateriales en buena salud. Promover la creación artística, científica y literaria como un bien público con el que identificamos nuestra identidad cultural es un objetivo del que nos beneficiamos todos. Además, una vez transcurrido el plazo de protección y cuando la obra pasa al dominio público, la sociedad recibe “en propiedad” estas obras y con ellas la posibilidad de copiarlas, distribuir las, comunicarlas públicamente y transformarlas sin previo permiso de ningún titular, siempre que se respeten los derechos morales en las jurisdicciones en que se contemplan

Ya hemos visto que el Estatuto de Anne tenía también el equilibrio del interés público en el punto de mira: Su objetivo no era solo prohibir las copias de trabajos ajenos y garantizar una cierta seguridad a los libreros, sino que manifestaba en su mismo título de manera inequívoca su voluntad de una mejora para la sociedad: *“An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Pinned books in the Authors of Purchases of such Copies duing teh Times therein mentioned.”* Se trataba de un Quid pro quo para facilitar que los “hombres cultos” escribieran libros el estado garantizaría un derecho exclusivo durante un tiempo limitado para reimprimir estos libros.

5. Protección constitucional del derecho de autor

En el cuestionario sobre las justificaciones de La Protección de la Ley de Propiedad Intelectual 19 países respondieron que la justificación de su protección tenía la protección de derecho fundamental, ya sea como derecho moral o como derecho natural³⁸. Solo Argentina, Croacia, Egipto Portugal, Suecia y Estados Unidos reportaron que la fuente de derecho de las bases legales para la Ley de Propiedad Intelectual era su Constitución.

En España la fuente de derecho de la protección de la Propiedad Intelectual es el *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de*

³⁸ “Informe General, Justificaciones de los Derechos de Autor”, Op. Cit. P. 45

Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. La Propiedad Intelectual no aparece explícitamente en la Constitución, aunque su protección se considere necesaria para proteger derechos fundamentales protegidos constitucionalmente como la libertad de expresión, el derecho a la cultura y en relación a este el derecho de la producción artística, científica y literaria, protegidos como derechos fundamentales en el artículo 20.1. de la constitución española.

En las respuestas al cuestionario de ALADDA, el grupo español de ALAI se añade lo siguiente *“existe la idea que ha sido alimentada a lo largo del tiempo que la necesidad de conferir protección a los autores para promover y preservar la creación artística y la cultura en general, que en cierta manera provee a la Ley de Propiedad Intelectual con una justificación finalista o utilitaria”*³⁹.

A pesar de que los derechos de Propiedad Intelectual no están reconocidos de manera explícita en la Constitución Española como pasa en otros países, la jurisprudencia ha considerado la propiedad intelectual y en concreto de sus derechos morales como hecho de relevancia constitucional: Así se desprende de la sentencia de 2007 del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao en la que se analizaba si la modificación famoso puente de Calatrava vulneraba o no los derechos morales de su creador, en que se declaraba: “la relevancia constitucional del derecho de autor” manifestando que “hablar de derecho de autor es hablar de cultura, y cualquier sociedad que quiera preservarla habrá de disponer un régimen protector de la actividad creativa”⁴⁰

6. ¿Protección de la creatividad o de la industria cultural?

Veamos ahora hasta qué punto las recientes reformas en la Ley de Propiedad Intelectual se han mantenido fiel a su objetivo o fundamento que, como hemos visto, es principalmente el de promover y fomentar la creación creando un incentivo y la de proteger el derecho moral o de personalidad del autor.

³⁹ Mariscal, P.- Sanjuán, N.-Carbajo, F., *Respuestas ALADDA al cuestionario del congreso ALAI*, disponible en <http://aladda.es/actividad/noticias-cuestionario-aladda-congreso-alai-2017/> (ultima consulta 10/12/2020)

⁴⁰ SJ Merc de Bilbao N1 de 23 de noviembre 2007

A partir de finales de los años noventa, la mayoría de las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual se centran en evitar la piratería, es decir, en garantizar la explotación de los activos de la propiedad intelectual en el ámbito de las nuevas tecnologías, los nuevos modelos de negocio, la innovación y la manera como la sociedad en general interactúa con ellas. La Ley de Propiedad Intelectual está en constante evolución. Solo en la Unión Europea se han implementado en los últimos veinte años once Directivas y dos Regulaciones con el objetivo de armonizar las legislaciones nacionales y asegurar que los bienes y servicios objeto de la propiedad intelectual circulan libremente en el mercado europeo y en el ámbito digital.⁴¹

⁴¹ La legislación en materia de derechos de autor en la Unión Europea EU es un conjunto de once Directivas y dos regulaciones que armonizan los derechos de autor de los autores e intérpretes, además de ocuparse de los derechos conexos de productores y radiodifusores:

- (1) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Directiva INFOSOC)
- (2) Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual
- (3) Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original
- (4) Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable
- (5) Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador
- (6) DIRECTIVA 2004/48/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual
- (7) Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos
- (8) Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines
- (9) Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas
- (10) DIRECTIVA 2014/26/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014

Es incuestionable que las nuevas tecnologías han proporcionado unas herramientas sin precedentes a los artistas para crear obras muy novedosas, pero si nos basamos en la actividad legislativa, podemos cuestionarnos si es al autor al que la ley todavía busca proteger, o si las recientes reformas se limitan a proteger exclusivamente a los modelos de negocio de las llamadas “industrias culturales”, dejando de un lado la producción cultural que no entra dentro de la definición de “industria cultural”.

Si entendemos por industrias culturales aquellas actividades que se basan en el conocimiento y la innovación basados en la creatividad, e incluyen no solo su producción, sino también su distribución y comercialización, un artista contemporáneo que expone su obra fuera del ámbito mercantil (es decir, que por la naturaleza de su obra puede explotarla principalmente en los museos y no en galerías) quedaría fuera de esta definición.

El primer tratado internacional que adaptó la propiedad intelectual al ámbito digital para evitar la piratería y fomentar la innovación en el campo de las nuevas tecnologías fue el tratado de la OMPI sobre derecho de Autor (WIPO Copyright Treaty o WCT) en 1996. Este tratado afecta la protección de las obras y los derechos de sus titulares en el ámbito digital. Además de los derechos garantizados en el convenio de Berna, el WCT garantiza la protección de una serie de derechos económicos y profundiza en dos de los objetos protegidos por la propiedad intelectual: Los programas de ordenador y las bases de datos. Además, proporciona otras protecciones a la propiedad intelectual necesarias en relación a los avances de la sociedad de la información que no se tenían en cuenta en tratados anteriores, ya que la mayoría de ellos eran anteriores a la “revolución digital”, prohibiendo entre otras medidas la desarticulación no autorizada de las medidas tecnológicas de protección de las obras⁴².

relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior

(11) Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

⁴² <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>

El Digital Millenium Act o DMCA –implementado en Estados Unidos en 1998 fue una de las primeras leyes nacionales en implementar el WCT⁴³ El DMCA abarca dos objetivos fundamentales: El primero es criminalizar la producción y diseminación de medidas tecnológicas o de aparatos que desarticulen o circunvenzan medidas de protección que controlan el acceso a obras protegidas por derechos de autor-estas medidas se conocen por el nombre de DRM (Digital Rights Management), además de incrementar las penalizaciones por infracciones de propiedad intelectual en Internet.

En segundo lugar, el título II del DMCA el *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* (OCILLA) limita la responsabilidad directa o indirecta de los proveedores de servidores de internet (ISP-Internet Service Providers) por infracciones cometidas por sus usuarios creando una excepción o “safe harbor” siempre que los ISP bloqueen el acceso al material infractor o lo eliminen del sistema una vez recibida la notificación de infracción del titular de derechos. Las críticas al DMCA incluyen entre otros argumentos que esta normativa es contraria al derecho de libertad de expresión: *Electronic Frontier Foundation* denunció al gobierno estadounidense alegando que esta normativa, implementada para luchar contra la piratería, afecta al derecho de los usuarios a ejercer el “fair use” de contenidos como la parodia o el comentario crítico, una práctica que debería estar completamente protegido por la libertad de expresión⁴⁴.

Esta reforma legislativa tiene su origen en la voluntad del legislador de implementar los tratados internacionales para actualizar la ley de Copyright de los Estados Unidos a la era digital y salvaguardar el comercio electrónico. Así lo explica la “Copyright Office” en su “Section 104 Report”; el informe elaborado por el Registrador de la oficina de Copyright para asesorar al Congreso en su proceso constante de evaluación de los efectos de la aplicación de esta controvertida ley “con el objetivo de facilitar el desarrollo del comercio electrónico en la era digital, el Congreso implementó los tratados de la OMPI adoptando la legislación para

⁴³El Digital Millenium Act (17 U.S: C. 1201) entró en vigor en octubre de 1998 modificando el Título 17 del US Code (Copyright Act de 1976).

⁴⁴<https://www.eff.org/press/releases/eff-lawsuit-takes-dmca-section-1201-research-and-technology-restrictions-violate>

responder a estas obligaciones que no estaban resueltas adecuadamente bajo la Legislación existente en los Estados Unidos”⁴⁵.

La misma excepción fue introducida por la Unión Europea en la Directiva sobre el Comercio Electrónico del año 2000⁴⁶. El propósito de esta normativa se subraya en el informe de la comisión al parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y social Europeo, en el que se recuerda que en el Consejo Europeo de Lisboa de 2000 se estableció un nuevo objetivo estratégico para la Unión Europea de cara a la siguiente década: convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo⁴⁷.

Estos son solo dos ejemplos del enfoque de las recientes reformas de las leyes sobre propiedad intelectual. La adaptación del espíritu o de los fundamentos de la Ley de Propiedad Intelectual en la era digital ha ocupado la mayor parte de la actividad legislativa en este campo. Pero ¿Qué en que beneficia a los artistas visuales creadores de arte contemporáneo -objeto de este estudio- como autores individuales esta evolución en la normativa? La respuesta es clara: En nada, o en casi nada. Estos cambios legislativos eran absolutamente necesarios para favorecer el desarrollo de la industria y para salvaguardar a los proveedores de servicios de internet, para garantizar la protección de los derechos de las productoras y distribuidoras de contenidos audiovisuales, de las discográficas, las editoriales, las distribuidoras on-line de contenidos culturales. La industria cultural y la economía del

⁴⁵ Executive Summary, Digital Millennium Copyright Act, Section 104 Report, elaborado por la “Copyright office”. El Congreso de los Estados Unidos estableció la Copyright office en 1897 como un departamento independiente de la Biblioteca del Congreso. El “Register of Copyrights” es el responsable máximo de la “Copyright office” Uno de los mandatos del “Register of Copyrights” es asesorar al Congreso sobre el desarrollo de las políticas sobre copyright a nivel internacional e internacional.

⁴⁶ Directiva N° 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)

⁴⁷ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). p.3 <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/ES/1-2003-702-ES-F1-1.Pdf>

conocimiento, necesitaban de esta legislación para poder ser más competitivas y desarrollarse con garantías. Pero en el campo del arte contemporáneo la “industria” no se beneficia de estas protecciones legislativas del mismo modo. El equivalente a una productora de audiovisual en las artes visuales, si lo hay, sería una galería de arte, y el modelo económico de la galería de arte-por lo menos todavía-no se sustenta exclusivamente en la distribución digital⁴⁸.

El Profesor Jens Schovsbo, del Center for Information and Innovation en Copenhage, describe con estas palabras la situación *“muchacha de la llamada «nueva economía» se basa en la protección de música, juegos, películas, programas de ordenador y bases de datos (...) En algún punto en la enorme expansión del copyright que ha tenido lugar en los últimos veinte años se ha perdido el contacto con su racional básica: servir los intereses de la sociedad. En lugar de expandirse en respuesta a las necesidades de la sociedad, el copyright ha alcanzado su «momentum» y se ha desarrollado y expandido siguiendo su propia lógica interna”*⁴⁹

En conclusión, las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual se han mantenido coherentes con su espíritu original de fomentar el valor de mercado de las creaciones intelectuales, pero no han actuado con la misma eficacia en el caso de las artes visuales que en las otras disciplinas. Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual han beneficiado a las industrias culturales que explotan sus trabajos en el terreno digital pero no a las artistas ni a sus galerías.

7. El objetivo de la propiedad intelectual aplicado a las artes visuales

El fundamento de la Ley de Propiedad Intelectual se basa, pues, en la presunción de una pretensión: El titular de derechos pretenderá el reconocimiento de la propiedad de su obra para ejercer el control de las copias de terceros de su trabajo, o más concretamente, ejercerá su derecho de propiedad (*ius prohibendi*) cuando alguien copie, distribuya o comunique

⁴⁸ Prueba de ello en el Estado Español es la ausencia del VEGAP (la entidad de gestión cuyo objeto de protección son las artes visuales) entre las entidades que forman LA COALICIÓN, que es la asociación que defiende los intereses digitales de otras entidades de gestión y asociaciones de defensa de los titulares de derechos de autor tales como: Sgae, Promusicae, La liga, Egeda, Cedro.

⁴⁹SCHOVSBO, J. “How to get it Copy-Right?” en *Art and Law, the Copyright Debate*. ROSENMEIER, M & TEILMANN, S. (Ed) DJØF Publishing, 2005, p. 26

públicamente o transforme el fruto de su trabajo sin su permiso. Esta pretensión es correcta en el caso de los titulares de industrias culturales como la música, la industria audiovisual, los videojuegos o el cine, pero, ¿pretende el artista contemporáneo proteger su obra del mismo modo, o, al contrario, se encontrará con más frecuencia “al otro la ecuación”, es decir, se verá negativamente afectado por la prohibición de no poder utilizar obras de terceros para incorporar en su propia obra? O, en el caso del artista conceptual, ¿será el artista propietario de “algo”? ¿Será su creación considerada “obra” por la normativa de propiedad intelectual y por lo tanto objeto de protección? ¿Es el Arte Contemporáneo un objeto de protección en la Ley de Propiedad intelectual?

Para dar respuesta a estas preguntas voy a analizar en el próximo apartado si la definición de “Arte” en la Ley y en el sector del Arte contemporáneo coinciden, o, si, al contrario, la definición del “objeto” de protección de la Ley de Propiedad Intelectual excluye el “Arte” tal y como se entiende en el ámbito de las artes visuales.

8. La definición de Arte en el Arte

Para analizar el encaje del arte contemporáneo como objeto de la Ley de Propiedad Intelectual, y antes de estudiar cómo se desenvuelve esta ley en los dos ámbitos en los que se centra esta investigación (el arte conceptual y el arte apropiacionista) convendría distinguir entre el concepto “arte” en el sector del arte y “arte” en el ámbito legal más allá de la propiedad intelectual.

El “arte” solo será objeto del derecho de autor si es considerado “obra” según la Ley de Propiedad Intelectual. En el siguiente capítulo, a propósito del encaje del arte conceptual en la Ley de Propiedad Intelectual, analizaré el concepto de *obra protegible*, pero antes de analizar lo que la Ley de Propiedad Intelectual considera una “obra”, situaré brevemente el contenido de la definición de “obra de arte” según el sector del arte y también la definición de arte en otros ámbitos de la ley, con especial atención a los casos relacionados con obras de arte y su clasificación arancelaria.

La comparación de las diferentes definiciones nos permitirá analizar si el objeto de protección de la Ley de Propiedad Intelectual y de otras ramas del derecho y lo que el “sector del arte contemporáneo” llama “arte” son divergentes a pesar de referirse al mismo “objeto”. Esta reflexión nos servirá para sentar las bases de una de las primeras conclusiones de esta tesis:

El jurista y el artista o el crítico de arte no hablan del mismo concepto cuando se refieren a la “obra artística”, por lo tanto, la “obra artística” no coincide con el objeto que la Ley de Propiedad Intelectual pretendía proteger.

La definición del arte ha sido un constante objetivo de estudio de la estética y de la crítica artística. Pretender dar cuenta con precisión del estado de la cuestión sobre la definición del arte es una labor extremadamente compleja que supera sobradamente el objetivo de esta investigación. Pero antes de entrar en aquello que importa (la distancia entre la *obra artística* y la *obra protegible* por la Ley de Propiedad Intelectual) conviene detenerse muy brevemente en lo que el sector del arte considera que es una obra artística.

Conviene aclarar que el “sector del arte” se compone de diferentes profesiones con intereses a veces divergentes. Es difícil establecer una definición del “sector del arte” que incluya a todos sus colectivos: artistas, críticos, coleccionistas, galeristas, casas de subastas, museos y centros de arte, sin olvidar las numerosas instituciones locales, nacionales e internacionales públicas y privadas que sistematizan, codifican y regulan el acceso a las ayudas públicas para las “artes visuales”, que tienen su propia normativa para regular los problemas y conflictos que puedan surgir en su entorno.

Pero, sin embargo, a pesar de su aparente contraposición de intereses, existe un cierto consenso entre el del sector arte contemporáneo que establece lo que es una obra y lo que no, como si fuera una suerte de “jurisprudencia” unánime del sector de la teoría del arte y la crítica⁵⁰. Una obra es lo que está en las galerías y en los museos. Para este sector, es casi más importante la pregunta de “quién es un artista” que “qué es una obra”⁵¹. Para el mundo del

⁵⁰ DE DUVE, T. *Résonances du Readymade, Duchamp entre acant-garde et tradition*, ed.J.Chambon, 1987 p. 107. Citado per in Treppoz, E. en “Quelle(s) protection(s) juridiques(s) pour l’Art contemporain” *Revue Internationale du droit d’auteur* n.209, p. 53. De Duve explica que teorías estéticas del arte basadas en el estudio empírico de belleza o del sentimiento no pueden acomodar obras como “Fountain” de Duchamp porque no pueden encajar un urinario, un objeto escogido por el artista por ser tan anodino y banal.

MOULIN, R., “Remarques sur la définition sociologique de l’œuvre d’art”, en *Le marché commun et le marché de l’art*, ULB Bruselas U.L.B.1982, p.32. Treppoz se refiere a este teórico, en “Quelle(s) protection(s) juridiques(s) pour l’Art contemporain” Moulin es partidario de la definición sociológica del arte. Según este teórico, el *readymade* es una obra porque está en un museo. El reconocimiento social del artista creador es lo que constituye el preámbulo a la definición de obra.

derecho, sin embargo, no cabe formularse esta pregunta. Tal como dice el profesor Ramon Casas “ser autor no es un estado civil”⁵².

El concepto de obra de arte es tradicionalmente entendido (y así lo veremos con las tentativas de su definición legal) como algo tangible que tiene una presencia visible y que podemos percibir cuando vamos a una exposición: pinturas, esculturas, dibujos, fotografías, videoarte. Pero esta concepción ya no se corresponde a lo que actualmente vemos expuesto cuando vamos a una galería o a una bienal de arte contemporáneo. Algunos espacios tradicionalmente reservados al arte han substituido las “obras artísticas” por documentación del proceso de creación de la obra. Algunas veces cuesta identificar “donde está el arte” en los espacios de exposición como museos, centros de arte o galerías, y en ocasiones parece que nos encontramos más bien delante de un proyecto social, de un estudio antropológico, o de un proyecto de investigación científica⁵³. En la exposición “*Who wants to be a patient gardener*” de Pep Vidal en la galería ADN en 2017 se podían ver 300 plantas y 400 flores⁵⁴. Lara Almarcegui llenó el Pabellón de España de la 55ª Biennial de Venecia en 2013 con toneladas de material de construcción y materiales de escombros⁵⁵. María Eichorn cerró la *Chisenhale Gallery* de Londres en una exposición llamada “5 weeks, 25 days. 175 hours” y el día de la inauguración de la exposición se organizó un simposio sobre los derechos laborales que permanece colgado en la web de la galería⁵⁶. Antoni Abad creó el proyecto “La Venezia que non si vede” para el Pabellón de Cataluña de la Biennial de Venecia que consistía en una aplicación para teléfonos móviles, la app BlindWiki, pensada para personas ciegas donde se podían registrar y publicar testimonios sonoros sobre cualquier rincón la ciudad. Los visitantes

⁵² CASAS, R; SÒRIA PUIG, E. “Grafiti, arte urbano y derecho de autor”; Anuario Iberoamericano del derecho del Arte, ed Thomson Reuters-Civitas (publicación prevista en 2021)

⁵³ VILAR, G., “Donde está el “arte” en la investigación artística”, Universitat Politècnica de València, ANIAV, Revista de investigación en artes visuales, Año 1 2017,

⁵⁴ La exposición de Pep Vidal se pudo visitar en la galería ADN del 25 de Noviembre de 2017 al 27 de enero de 2018 <https://www.adngaleria.com/en/exhibitions/2017-2018/pep-vidal-who-wants-to-be-an-impatient-gardener/>

⁵⁵ Dossier de prensa del Pabellón de España de la 55ª Exposición Internacional de la Biennale di Venezia, 1 Julio a 24 noviembre 2013.

⁵⁶ ⁵⁶Los audios del simposio pueden ser consultados en <https://chisenhale.org.uk/artists/maria-eichhorn/> (ultima consulta 26/03/2020)

también podían hacer un tour en *Sampierotta*, una embarcación tradicional veneciana, dirigidos por personas ciegas⁵⁷. La definición de este tipo de “arte”, como veremos, no encaja en la definición de “obra artística” del ordenamiento.

La definición de “arte” ha adquirido una gran complejidad desde de la década de los años 60 hasta el presente. Quizás la mayor dificultad de la definición del arte en las décadas más recientes reside en la pluralidad marcada por la expansión de la base creativa y la ausencia de una jerarquía en comparación con las seis primeras décadas del siglo XX, que dieron lugar una serie de estilos agrupados bajo el nombre de “arte moderno”⁵⁸:

Marcel Duchamp (Blainville-Crevon, Francia 1887-Neuilly sur Seine, Francia 1968), el artista que creó la célebre obra *Fountain* que consistía en un urinario, ya en las primeras décadas del siglo XX cuestionaba la noción tradicional de la definición de arte y sostenía que “cualquier objeto ordinario podría ser elevado a la dignidad de una obra de arte por la sola decisión de un artista”⁵⁹. A Paul Gauguin (Francia 1848-Atuona Hiva-Oa, Polinesia Francesa 1903) se le atribuye la afirmación “*el arte es plagiarismo o revolución*”⁶⁰. Andy Warhol decía que el arte es “lo que los artistas pueden hacer creer que es arte”⁶¹.

El filósofo y teórico del arte alemán Theodor W. Adorno (Frankfurt, Alemania 1903-Visp, Suiza 1969), uno de los representantes más importantes de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, proclamaba en 1969 “es evidente que ya no hay nada que concierna al arte que sea evidente por sí mismo”⁶². Arthur Danto (Ann Arbor, Michigan, Estados Unidos 1924-

⁵⁷ El proyecto “La Venezia che non si vede” se presentó en el Pavellón de Cataluña de la 57 Biennial de Venecia del 13 de mayo al 26 de noviembre de 2017 <http://www.llull.cat/monografics/blindwiki/>

⁵⁸ *Art Today*, op. cit., p.7 y ss. El “arte moderno” se identifica por una dialéctica de estilos. Después de la segunda guerra mundial coexistieron movimientos como el cubismo, expresionismo, futurismo, para dar paso más tarde al surrealismo y constructivismo.

⁵⁹ Marcel Duchamp (firmando como MD) en BRETON, A / ELUARD, P *Dictionnaire Abrégé du Surréalisme*: 1938, p. 23

⁶⁰ <http://www.gauguin.org/>

⁶¹ Esta cita se atribuye tradicionalmente a Andy Warhol en sus conversaciones con el sociólogo Marchal Mc Luhan (1911-1980) a quien Warhol se refería como su “Honorary Muse”

⁶². ADORNO T. / ADORNO, G. / TIEDEMAN R. *Aesthetic Theory* University of Minnesota Press, 1997, p 1

Manhattan, Nueva York, 2013) uno de los filósofos americanos que más han contribuido en el campo de la teoría del arte, y concretamente en el estudio de la definición de su naturaleza, se preguntaba en 1964 si existe alguna diferencia entre las cajas de *Brillo Box* de Warhol y las cajas de *Brillo Box* que se encuentran en los supermercados. Las *Brillo Boxes* son seguramente las esculturas más famosas de Warhol. Se trata de replicas exactas en madera serigrafiada que replican exactamente las cajas de cartón de jabón Brillo lavavajillas. La respuesta - concluye- no es relevante, porque la “definición institucional del arte” impone que el arte es todo aquello que el mundo del arte (artistas, historiadores del arte, críticos, comisarios, galeristas, marchantes y coleccionistas) aceptan como arte⁶³. En su conocido ensayo “*After the end of Art*” Danto afirma que el arte conceptual –y esto es todavía más relevante para la investigación objeto de estas páginas- ha demostrado que no hay ninguna necesidad de una obra tenga que ser palpable para ser una obra de arte visual⁶⁴. Las teorías de Danto son el fundamento de la filosofía de George Dickie, (Palmetto, Florida, Estados Unidos 1926- Brendenton, Florida 2020) concretamente en su libro “*The Art Circle*”, que sostiene que el arte es aquello que se da en un contexto que se basa en un acuerdo tácito entre aquellos que forman parte de lo que él llama “el círculo de arte”. La teoría de Dickie es la primera que cuestiona la necesidad de reconocer una “artisticidad” (*artness*) en el objeto para poder considerarlo “arte”⁶⁵.

Este brevísimo esbozo sobre la definición de arte desde la filosofía del arte es incompleto y no pretende ser una descripción del estado de la cuestión, solo dar dos ejemplos relevantes que evidencian que la definición del arte en el arte y la definición del arte como obra protegible (como veremos a continuación) no funcionan en paralelo.

Finalmente, por su impacto específicamente en las artes visuales, no podemos dejar de mencionar a Walter Benjamin (Berlín, Alemania 1892, Portbou, 1940) y su obra *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*⁶⁶. Las reflexiones de Benjamin son cruciales

⁶³DANTO, A.C, «The Artworld» (1964) *Journal of Philosophy* LXI, pp. 571-584

⁶⁴DANTO, A.C *After the End of Art, Contemporary Art and the Pale of History*, 2014, Princeton University Press, p. 14 y ss

⁶⁵DICKIE, G., *The Art Circle. A theory of Art*, New York Haven Publications, 1984, p. 35 y ss.

⁶⁶ BENJAMIN; W. “Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit”, 1935;

en la concepción del arte en los años treinta, cuando emergen los “nuevos” medios de comunicación (en aquel entonces radios y prensa ilustrada). La reproductibilidad trastocó conceptos muy arraigados al entorno de la concepción de obra de arte. El objeto de arte original pierde su áurea, cambia su percepción y deviene un objeto útil para la formulación de las políticas artísticas en una sociedad condicionada por los medios de comunicación. Si el “aura” de la obra de arte no puede ser reproducida, la propiedad intelectual, cuyo capital es la capacidad de reproducción, solo será aplicable a las “obras” cuyo valor no está en el “original”, en el *corpus mechanicum*. La literatura no pierde valor cuando es reproducida. Las obras de arte, sí.

Finalmente es imprescindible mencionar también a Roland Barthes (Cherbourg, Francia 1915 - Paris, Francia 1980) y su ensayo “La muerte del autor” de 1967 que, a pesar de centrarse en la crítica literaria, tuvo también un impacto en la concepción de las artes visuales desde su teoría post-estructuralista. Si las bases de la tradición europea del derecho de autor se basa en que la obra protegible es un reflejo de la personalidad del autor, fundamento que ancla toda la concepción del derecho de autor de la tradición francesa “*L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous...*”(art L111-1 del *Code de la propriété intellectuelle* Francés) una obra sin autor no tendrá encaje en la propiedad intelectual.

9. El arte definido por la normativa arancelaria

Cuando en los casos relativos a los derechos de autor los tribunales se han visto enfrentados a la cuestión si una obra artística es obra protegible por la Ley de Propiedad Intelectual, los jueces han tenido que tomar distancia y no hacer juicios de valor respecto al valor artístico de las obras. La definición de “obra protegible” y su encaje con el concepto de “obra artística” se analiza en profundidad en el capítulo 3.

Uno de los ámbitos jurisprudenciales donde la definición de “arte” tiene que entrar en valoraciones sobre la naturaleza artística de la obra en controversia ha dado más frutos es la jurisprudencia relacionada con los aranceles.

A continuación, analizaremos algunas sentencias importantes en las que se ha intentado establecer una definición de “arte” respondiendo a la pregunta de si determinadas piezas tenían que satisfacer o no ciertas tarifas de importación.

La definición legal del arte en las normativas arancelarias es crucial, por dos razones: la primera, porque si las obras son clasificadas como obras de arte, pueden moverse de un país a otro sin costes arancelarios. Las tarifas arancelarias tienen la finalidad de impedir que bienes de otras jurisdicciones obtengan mejores condiciones en el mercado que los bienes nacionales. Por lo menos teóricamente, como las obras de arte son únicas y originales de su creador, no competirán ni serán intercambiables por los bienes nacionales. Es esto se basa la gratuidad de sus costes arancelarios.

Pero la segunda razón, y la realmente importante a efectos de la presente investigación, es que la Ley de Propiedad Intelectual, ni en el ordenamiento español -que se refiere siempre a “artes plásticas”- ni en ningún otro, define la noción de “arte visual”. En todo caso, por lo menos en Estados Unidos, la definición de Arte se ha hecho solo por contraste: Los tribunales han delineado la diferencia entre “objetos útiles” protegibles por el derecho industrial y “objetos artísticos” en el llamado “*test of separability*” con el objetivo de identificar cual era el requisito de originalidad aplicable⁶⁷: Para obtener la protección de *copyright*, el creador tendrá que demostrar que la expresión artística es separable del objeto útil.

La *Harmonized Tariff Schedule of the United States (HTUS)* es la referencia oficial para clasificar todo tipo de bienes importados a los Estados Unidos. El *HTUS*, clasifica las obras de arte («*paintings, drawings, prints and sculptures*»), en su capítulo 97, y las considera libres de impuestos para importarlas a los Estados Unidos⁶⁸. De ahí la importancia de que las mercancías reciban la consideración de obra de arte y la proliferación de casos que intentan definir el arte en los tribunales.

⁶⁷ Esta cuestión fue de manera semejante respuesta por el caso COFEMEL en el TJUE; en el que se resolvió que al campo del diseño no se le puede exigir un carácter artístico incrementado respecto al resto de las obras, exigiendo para obtener protección que las obras tengan un “efecto estético propio y considerable” Sentencia Caso COFEMEL, C-683/17, 12/9/2019, ECLI: EU:C:2019:721

⁶⁸ *United States International Trade Commission Harmonized Tariff Schedule of the United States*, USITC pub. 2232 (1990) <https://hts.usitc.gov/view/Chapter%2097>

El primer caso relevante en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos intenta definir que es el arte respondiendo a una cuestión de tarifas aduaneras es de 1892: En *United States v. Perry* el Tribunal Supremo estableció que los vitrales de una iglesia no eran “arte” porque algunos de ellos eran obra de artesanos y no de artistas. Solo los trabajos de “bellas artes” debían tener la máxima protección otorgada por la Constitución de los Estados Unidos y por lo tanto beneficiarse de la excepción de tarifa aduanera reservada a “*pinturas, dibujos y grabados especialmente importados de buena fe por instituciones religiosas*”⁶⁹. En la redacción de esta sentencia son interesantes los ejemplos que en la opinión del juez Brown constituyen “arte” sin lugar a dudas: «*Aquellos que estén familiarizados con las ventanas pintadas de catedrales e iglesias extranjeras encontrarán ciertamente difícil negarles el carácter de obras de arte; pero, sin embargo, serían reacios a ponerlos en la misma categoría que las obras de Rafael, Rembrandt, Murillo y otros grandes maestros del arte de la pintura*»⁷⁰.

El caso más conocido relacionado con las tarifas arancelarias y la determinación si una obra es o no arte es el caso de Constantin Brancusi (Rumania, 1876 – París, 1957) que en 1928 consiguió defender que su icónico “Bird in Space” (1919) era una obra de arte y no una pieza de metal manufacturada. La importación de la pieza implicaba 40% de su valor en impuestos de aduana si no era clasificada como “arte”. Esta obra de Brancusi llegó des de París a las aduanas de Nueva York para ser expuesta en el *Armory Show*, una conocida feria de arte, entre otros espacios. Gracias a la presión de artistas como Duchamp o del fotógrafo Edward Steichen, la cuestión llegó a ser muy controvertida y llegó a los tribunales, dando lugar a la primera sentencia que aceptó que las esculturas no figurativas podían ser consideradas arte⁷¹.

Gracias a declaración jurada de Brancusi describiendo el proceso de creación de la obra, el tribunal aceptó su originalidad y fue considerada una obra de arte

“El objeto ahora en consideración (...) es hermoso y simétrico en su contorno, y aunque se pueden encontrar algunas dificultades para asociarlo con un pájaro, es agradable de ver y muy ornamental, y como sostenemos la evidencia de que es la producción original de un

⁶⁹ United States v. Perry 146 U.S 71, 72(1892),

⁷⁰United States v. Perry 146 U.S 71, 74(1892)

⁷¹Brancusi v. United States, 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928).

*escultor profesional, y de hecho es una pieza de escultura y una obra de arte según las autoridades antes mencionadas, sostenemos la petición y declaramos que tiene derecho a entrada libre*⁷².



© 2017 Artists Rights Society (ARS), New York/ADAGP, Paris

<https://www.guggenheim.org/artwork/669>

El tribunal establece en primer lugar que la obra fue creada por un escultor profesional “a mano” y no a través de un proceso mecanizado, y a continuación que el objeto en cuestión es puramente ornamental, no funcional. El objetivo principal de las aduanas es proteger las industrias nacionales, por lo tanto, la distinción entre las obras producidas en masa y obras

⁷² GIRY Stéphanie. “An Odd Bird”, *Legal Affairs*, Sept-Oct. 2002. disponible en http://www.legalaffairs.org/issues/September-October-2002/story_giry_sepoct2002.msp (última visita 16/2/2020)

únicas o hechas a mano por un artista es crucial en establecer si el objeto en cuestión es una obra de arte o no lo es.

Treinta años después de *Brancusi*, la definición de “obras de arte” se reescribió completando la tradicional definición de “fine arts” con “in any other media” para añadir nuevos formatos artísticos⁷³.

Pero las sentencias sobre lo que se considera arte en las aduanas no han sido siempre favorables a los nuevos formatos artísticos. En el 2006, las aduanas del Reino Unido consideraron una instalación de Dan Flavin (Queens, Nueva York, 1933 - Riverhead, Nueva York, 1996) no eran más que un conjunto de fluorescentes y debían tributar en aduanas como tales sin beneficiarse de las tarifas aplicadas a las obras de arte. Dan Flavin es un artista minimalista norte-americano que utilizaba luces fluorescentes para crear sus esculturas⁷⁴. Volveremos a él más adelante.



⁷³ DU BOFF, Leonard, What is Art? Toward a Legal Definition, 12 Hastings Com & Enterteinment Law Journal 303 (1989), p.323.

⁷⁴Patterson Belknap Webb & Tyler LLP *The world's most expensive light bulbs: how the European Union is applying VAT to imported works of art* Patterson Belknap Webb & Tyler LLP <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6aa77d09-7232-49e4-88ec-2c8d9214cc20>

Dan Flavin, *Six Alternating Cool White/Warm White Fluorescent Lights Vertical and Centered* (1973)

En 2006, una galería de Londres, Haunch of Venison, realizó los trámites de importación de seis instalaciones de vídeo de Bill Viola procedentes de Estados Unidos y una obra escultórica de Dan Flavin. Las obras llegaron a las aduanas desmontadas y embaladas, y las autoridades aduaneras rechazaron la clasificación de los bienes como “obras de arte”, a las que se aplica un IVA del 5% e impusieron la calificación basándose en su descripción material (tubos de neón y otros elementos de instalación como proyectores de vídeo), cargando a la galería con unas tasas de unas 36.000 libras. La galería apeló la decisión y ganó: El Tribunal de Aduanas del Reino Unido determinó que las obras eran “arte” y por lo tanto les correspondía la tributación con el IVA reducido del 5%. La Comisión Europea resolvió que la aplicación original del tipo impositivo fue correcta, ya que la valoración de los bienes que entran en territorio comunitario deben considerarse atendiendo a su realidad material. El carácter artístico de estas obras, según la Comisión, es consecuencia de su posterior montaje y exposición.

En 2010, el comité de aduanas de la Comisión Europea adoptó la Regulación No. 731/2010 del 11 de agosto que declara que las obras de arte “desmontadas” como el caso de los fluorescentes de Flavin o la instalación de Bill Viola no deben clasificarse como obras de arte porque “no lo son” en el momento de cruzar la aduana⁷⁵. Esta regulación es muy problemática para los galeristas, que se ven afectados por ella cada vez que tienen que transportar sus obras a través de fronteras para mostrarlas en ferias internacionales⁷⁶. Argumentar que lo que dijo la Comisión sería sensato si la obra no hubiera existido antes y no se hubiera desmontado para el viaje, es decir, que los fluorescentes y las piezas necesarias para la obra de Viola no son arte hasta que cruzan la aduana denota un profundo desconocimiento o desinformación del proceso de producción de una obra de arte. Tendría que ser el destino, y no el objeto, lo que determine si es aplicable o no la clasificación de obra de arte.

⁷⁵– Regulation (EU) No 731/2010 of 11 August 2010 concerning the classification of certain goods in The Combined Nomenclature 2010 O.J L214

⁷⁶ LASH, Elizabeth R. “The European VAT: Good for Tax Revenue, Bad for the Commercial Art Market?”, 4 marzo 2015, Center for Art Law, disponible en https://itsartlaw.com/2015/03/04/el_vat/ (última consulta 1/12/20)

En definitiva, no existe una definición universal de “arte” o de la de la noción de “arte visual”, ni siquiera de artista. La definición de este objeto de protección depende claramente del ámbito legal en el que se defina.

El ordenamiento norteamericano se encuentran algunas definiciones del concepto “fine art”, relativo a las codificaciones de los derechos morales que se encuentran en algunos estados. Algunas de estas definiciones incluyen el requisito de “recognized quality”, una exigencia altamente subjetiva. Leonard D. DUBOFF encuentra algunos puntos en común en su artículo “What is Art? Toward a Legal definition”⁷⁷: Originalidad por parte del creador, (mínima en el caso del copyright), y el requisito de ser “Obra única”. El autor concluye que una definición legal universal del arte probablemente no podría ir más allá que declarar que una obra artística es una obra original, expresión de su creador, que conlleva un proceso creativo. La necesidad de establecer una definición, de concretar el perímetro del objeto de protección es complejo y, como veremos a continuación, da como resultado un enorme desencaje entre obra artística y obra protegida.

⁷⁷ DU BOFF, Leonard, What is Art? Toward a Legal Definition, 12 Hastings Com & Entertainment Law Journal 303 (1989)

CAPITULO 2: EL ARTE CONCEPTUAL COMO OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR**1. EL ARTE CONCEPTUAL: INTRODUCCIÓN A SU ENCAJE CON LOS DERECHOS DE AUTOR**

La historia del arte reconoce el arte conceptual como un movimiento artístico fundamental sin cuya existencia sería imposible entender la evolución y el discurso del arte de nuestros días. La importancia del arte conceptual ha sido y sigue siendo ampliamente analizada y comentada por el *sistema del arte* formado por artistas, galeristas, críticos, académicos y teóricos del arte, muy valorada por parte de coleccionistas e instituciones culturales y objeto de exposiciones de los centros de arte y museos reconocido de prestigio internacional⁷⁸. Los estudios y monografías dedicadas a este movimiento son incontables⁷⁹. Las cifras que ha llegado a alcanzar el arte conceptual en el mercado del arte, a pesar de que en ocasiones el comprador no se convierte en propietario de ningún “objeto físico” fijado en un soporte tangible, son elevadísimas⁸⁰.

⁷⁸Así lo demuestran las numerosas exposiciones que se han realizado y se siguen realizando a lo largo de la historia en los museos más prestigiosos del mundo al entorno a este movimiento artístico. A título de ejemplo “*When attitudes become form*” (Kunsthalle, Berna, 1969), un hito en la historia de las exposiciones comisariada por el reconocido comisario suizo Harald Szeeman que cambió la manera de entender el relato expositivo. También “*Information*” (Moma, Nueva York, 1970), comisariada por Kynaston Mc Shire, fue primera exposición analítica sobre el arte conceptual en Estados Unidos, o “*Conceptual Art in Britain*”, 1964-1979” (Tate Britain, Londres, 2016) <https://www.tate.org.uk/whats-on/tate-britain/exhibition/conceptual-art-britain-1964-1979> (última consulta 21 agosto 2019), “*L'Art conceptuel, une perspective*”: (Musée d'art Moderne de la Ville de Paris, nov. 1989 - feb. 1990) .o “*Yves Klein*”, (Tate, Liverpool, octubre 2016-marzo 2017).

⁷⁹Una de las publicaciones de referencia del arte conceptual de los setenta fue “*Conceptual Art*” de Úrsula Meyer (Dutton & Co,1972) entre otros títulos. Otras publicaciones de referencia son “*Six Years: Dematerialization of the Art Object from 1966 to 1972*” de Lucy Lippard (University of California Press, 1997), “*Conceptual Art: A Critical Anthology*” editado por Alexander Alberro y Blake Stimson (MIT press, 1999), “*Conceptual Art*”, de Peter Osborne (Paidon, 2002); “*Philosophy And Conceptual Art*”, de Peter Goldie y Elisabeth Schellekens, (Oxford University Press, 2009), o el artículo seminal “*Conceptual Art 1962-1969: From the Aesthetic of Administration to the Critique of Institutions*” de Benjamin H. D. Buchloh, publicado en la revista *October* (Vol. 55 ,Winter, 1990, pp. 105-143). En la teoría del arte en España destacan Pilar Parcerisas, *Conceptualismo(s) poéticos, políticos y periféricos; entorno al arte conceptual en España, 1964-1980* (AKAL, 2007) y las numerosas publicaciones de Anna Maria Guasch como *El arte último del siglo XX. Del posminimalismo a lo multicultural: 1968-1995* (Alianza Forma, Madrid, 2000).

⁸⁰ Un ejemplo de estas sorprendentes cifras es el caso de Tino Sehgal (Londres, 1976), que pertenece a la nueva generación de artistas conceptuales. Su trabajo se plasma en acciones y gestos coreografiados, cuyas grabaciones y fotografías no están autorizadas, ya que sus creaciones solo se pueden documentar en la memoria de sus espectadores. Y, a pesar de no realizar ninguna “obra” que pueda adquirirse (ni físicamente ni a través

El arte conceptual es fundamental en la historia del arte del siglo XX y continúa siendo un lenguaje muy presente entre los artistas contemporáneos de nuestros días⁸¹, pero, sin embargo, su naturaleza puede llegar a ser incompatible con los requisitos que necesita una obra artística para ser *obra* (ámbito de aplicación material) y por lo tanto objeto del derecho de autor⁸². La naturaleza del arte conceptual parece haber colisionado con las definiciones y doctrinas legales del derecho de autor, cuestionando si la definición de *obra* según la Ley de Propiedad Intelectual incluye o excluye las “obras de arte” creadas por los artistas conceptuales.

Es importante examinar las consecuencias que esta aparente contradicción conlleva para los artistas conceptuales y reflexionar sobre si el resultado de esta distancia entre la definición de “obra artística” y de *obra* como objeto material del derecho de autor es intencionada o necesaria para poder mantener el objetivo de la Ley de Propiedad Intelectual de incentivar la creación, proteger los derechos patrimoniales y morales de los autores y para salvaguardar otros intereses generales.

Como veremos a lo largo de este capítulo, los términos con los que la actual legislación de Propiedad Intelectual determina el concepto de *obra* protegible como ámbito de protección material del derecho de autor y la definición del alcance de esta protección que ha ido precisando la jurisprudencia, ponen en evidencia que el concepto de *obra* protegible por el derecho de autor en la disciplina de las artes visuales está todavía profundamente enraizado en concepciones de la obra poco flexibles más cercanas al siglo XIX que a algunas de las

de una cesión de derechos), Sehgal es un artista representado por una de las más importantes galerías de arte del mundo, Marian Goodman en Nueva York, que ha vendido sus obras por más de 70.000 dólares al MOMA de Nueva York. En 2012, un solo cuadro de Yves Klein, artista conceptual del que hablaremos con detenimiento más adelante, fue subastado por 29,4 millones de euros (£23,561,25) en la sala Christie's de Nueva York <https://www.christies.com/features/in-the-saleroom-yves-kleins-le-rose-du-bleu-2619-3.aspx> (Última consulta 31/5/2020)

⁸¹ GOLDIE, P., "Conceptual Art and Knowledge", en GOLDIE, Peter / SHECHELLEKENS, Elisabeth (ed.) *Philosophy and Conceptual Art*, Oxford University Press, New York, 2007, p.158 "it's hard to think of a supposedly past art movement that feels more present", citando a Roberta Smith e '*Conceptual art: over and yet everywhere*' (1999)

⁸² En este capítulo se utiliza en cursiva la palabra "*obra*" para referirse a la *obra protegible según el derecho de autor* (ámbito de aplicación material de la propiedad intelectual) y la palabra "obra", "obra artística" o "creación", sin cursiva, cuando hablamos de una obra artística que no tiene por qué coincidir con el concepto de obra protegible por la Ley de Propiedad Intelectual.

creaciones artísticas contemporáneas. A pesar de los profundos cambios que el arte contemporáneo ha experimentado durante el siglo XX, los supuestos de hecho contemplados por la ley y la definición de *obra* como ámbito de protegible por la propiedad intelectual en artes visuales no han avanzado de forma paralela a las corrientes artísticas.

El arte conceptual está basado en una idea o un concepto, y existe a pesar de la ausencia de un objeto que fije o plasme de manera tangible o intangible dicha idea o concepto. El objeto, la apariencia o representación estética o material no es siempre necesaria para que exista una obra de arte conceptual. Sol LeWitt (Hartford, Connecticut, 1928 –New York, 2007) definía en 1967 el arte conceptual en la revista *Art Forum* de la siguiente manera: “*En el arte conceptual la idea o el concepto es la parte más importante de la obra. Cuando un artista usa una forma conceptual del arte, significa que todas las decisiones importantes las ha tomado con anterioridad y que la ejecución de su obra es un puro trámite. La idea se transforma en la máquina que crea el arte*”⁸³.

El arte conceptual se despoja de la destreza o la maestría técnica y de cualquier tipo de pretensión en la estética para centrarse en la idea o el concepto. El hecho de que el valor de la obra no se fundamente en la maestría técnica o material no debería ser, en principio, un obstáculo para que estas creaciones fueran consideradas *obras* según la propiedad intelectual. El mérito y la destreza, la finalidad, el grado de elaboración, ni siquiera la licitud o ilicitud, y, por supuesto, la valoración estética no son elementos que se tengan en cuenta para la consideración de *obra* protegida por la propiedad intelectual⁸⁴.

⁸³LEWITT, S. “Paragraphs on Conceptual Art”, *Artforum*, vol.5, n. 10, summer 1967, pp. 79-83. Sol LeWitt fue uno de los artistas principales de la estética radical de los 60 surgida como reacción al Expresionismo Abstracto, que era el movimiento imperante de la década de los 50 y los 60 en la llamada “escuela de Nueva York”. LeWitt prescindía de la narrativa de las imágenes. LeWitt escribió sobre el arte conceptual, que empezó a teorizarse en revistas como *Artforum* y *October* para luego convertirse en objeto de estudio por muchos teóricos del arte. LeWitt usaba el lenguaje como medio de transmisión de ideas para que sus obras, a menudo esculturas o murales de grandes dimensiones, pudieran ser ejecutadas por terceros. Excepto sus obras en papel, sus trabajos son siempre ejecutados por terceras personas siguiendo sus instrucciones, claras y estrictas. Las obras de LeWitt son expresiones artísticas tangibles y originales (pinturas murales, fotografías y dibujos además de esculturas), y tienen fácil cabida en la ley de propiedad intelectual, pero la definición del concepto de *obra* que establece el ámbito de aplicación material del derecho de autor no siempre incluye, como veremos, muchas de las obras artísticas de las que hablaremos a continuación y de las que LeWitt fue precursor.

⁸⁴BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Comentario al art 10,1 IV”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R (Coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 4a edición, Tecnos, Madrid, 2017, p. 170.

La problemática que se plantea en este capítulo no solo tiene implicaciones teóricas, sino que afecta directamente a las transacciones jurídicas que tienen lugar en el mercado del arte, a la capacidad (o a la pretensión) que tienen los artistas de explotar sus obras dentro del sistema de la propiedad intelectual y a la función que desarrollan museos e instituciones como espacios de mediación y exhibición de la cultura al público en general. Si el artista conceptual es el autor de una idea o un proceso, y el resultado de este no se manifiesta en una *obra* que genera derechos de propiedad intelectual, ¿qué es lo que podrá ceder el artista (o el titular de derechos) al coleccionista o a la institución? ¿Tendrá el artista conceptual las mismas herramientas para recibir una remuneración justa de la explotación de su obra que el resto de los artistas, cuyas obras encajan dentro de la definición de *obra* por la ley de propiedad intelectual? Y, más concretamente: Si la propiedad intelectual otorga el monopolio de los derechos de explotación y de simple remuneración de la obra al autor por el simple hecho de su creación y por lo tanto le confiere una propiedad que le permite contar un bien intangible comercializable para poder explotar el fruto de su trabajo, ¿qué derechos va a poder explotar el artista si el concepto de *obra* tal como lo define la Ley de Propiedad Intelectual no coincide con la “obra” creada por el artista conceptual?⁸⁵

El reconocimiento de la consideración de *obra* por parte del derecho parece especialmente necesario en un movimiento artístico en el que los artistas empiezan a realizar obras que cuestionan las técnicas tradicionales empezando a trabajar con materiales efímeros, acciones, tendiendo hacia intangibilidad del soporte y la desmaterialización de la obra de arte. Si el soporte “original” desaparece, si desaparece el “objeto” tal como pasa en otras disciplinas como la música o la obra audiovisual, podríamos pensar que esta desmaterialización nos debería poder llevar a un modelo de negocio basado en la explotación de los derechos exclusivos de propiedad intelectual del artista o titular de derechos. Veremos

El profesor Bercovitz precisa que los aspectos relevantes para el concepto de obra ni siquiera incluyen que la obra esté acabada, “siempre que constituya una creación original” y también que la calidad de la obra carece de relevancia a efectos de protección. Se protegen igual las obras buenas que las obras malas”

85 En cierta manera esta situación es parecida a la de los científicos, pero a diferencia de las obras artísticas, la “obra científica” puede encajar en más de un sistema de protección de la propiedad intelectual, y en especial las patentes.

si esto es así, o si el resultado de la desmaterialización tiene consecuencias diferentes en las obras de artes visuales.

La doctrina más autorizada nos recuerda que *“el concepto de obra que utiliza la propiedad intelectual puede no coincidir-y así ocurre frecuentemente- con el concepto de obra relevante para otros campos del conocimiento y para otras actividades incluidas las literarias, artísticas y científicas”*⁸⁶. Pero si no dotamos a los artistas de arte conceptual de una herramienta para poder convertir el fruto de su trabajo en un bien comercializable, tal como hacemos con los otros artistas, ¿no estaremos discriminándoles por razón de su lenguaje creativo, y, por lo tanto, estaremos situándoles en una situación mucho más vulnerable que a los otros artistas que crean obras de la misma manera que lo hacían los artistas en el siglo XIX?⁸⁷

El arte conceptual, como ya hemos apuntado, es un movimiento crucial e innovador en la historia del arte. Fomentar la innovación y el avance, y proteger los derechos patrimoniales y morales de los autores eran, como hemos visto en los capítulos anteriores, objetivos fundamentales de la ley de propiedad intelectual. ¿Es adecuado dejar fuera de la protección de la propiedad intelectual justamente a los artistas que innovan y cuestionan la tradición? ¿Es dejar de proteger las obras de artes visuales “desmaterializadas” la única fórmula que permite mantener las ideas (patrimonio de todos) fuera del monopolio concedido al autor?

⁸⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 54

⁸⁷ El droit de suite o derecho de participación es el derecho atribuido a los “autores de artes plásticas” (un concepto desfasado en el sector artístico, que habla en su lugar de artes visuales). Este derecho permite al artista percibir un porcentaje del precio de venta del original siempre que se cumplan ciertos requisitos. En Europa se regula a través de la directiva 2001/84/CE. Se trata de un derecho que parece alejarse del fundamento de la Propiedad Intelectual ya que recae sobre el corpus mechanicum y no el corpus mysticum. Se hace inevitable en cuanto a su fundamento pensar en Walter Benjamin y la pérdida del aurea que predicaba en su “La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica” y la pérdida del “aura” de las obras de arte, cuyo “corpus mechanicum” nunca será sustituible por su “corpus mysticum”. Los artistas que crean obras “únicas” podrían sufrir, por la naturaleza de sus obras, una cierta discriminación respecto a otros creadores de otras disciplinas como la literatura o los creadores de obras audiovisuales o musicales cuyas obras se puede explotar por medio de ejemplares sin perder el “aura”.

La “*desmaterialización*” de la obra de arte que traslada lo que el artista considera “la obra” del *objeto* a la *idea* es un cambio de paradigma que se inició a mediados de los años sesenta⁸⁸. Algunos artistas perdieron interés por la evolución física de la obra de arte y creció su investigación sobre el proceso o la idea, rompiendo con la tradición modernista y abriendo las puertas del arte a la posmodernidad⁸⁹. Estas prácticas artísticas tuvieron un carácter muy heterogéneo que, como veremos a continuación, se mantiene todavía con mucha fuerza en la creación contemporánea de nuestros días.

2. LA EVOLUCIÓN DEL ARTE CONCEPTUAL

La mayoría de los críticos sitúan los orígenes del arte conceptual en 1917 con la célebre *Fountain*, de Marcel Duchamp, pero no es hasta mediados de la década de los 60 del s. que el arte conceptual empieza a ser teorizado e identificado como un movimiento artístico diferenciado⁹⁰. A lo largo de esta década, algunos artistas pierden el interés por la habilidad o destreza técnica y en lugar de producir obras de arte con sus manos empiezan a crear obras de arte cuya originalidad está en su conceptualización y no en su materialización.

Uno de los primeros artistas que a mediados de los años cincuenta protagonizó las manifestaciones más destacadas de este movimiento fue Robert Rauschenberg (Port Arthur, Texas, Estados Unidos, 1925-Condado de Lee, Florida, Estados Unidos 2008). Las obras que Robert Rauschenberg realizó de 1951 a 1953 cuestionan la definición del arte situando al artista como creador de ideas, cosa que Duchamp ya había propuesto con sus “*ready mades*”. Pero, al contrario que Duchamp, Rauschenberg propuso que también el proceso inverso a añadir o acumular objetos a una obra (borrar una obra) podía producir una obra de arte.

Rauschenberg intentó borrar sus propios dibujos, pero finalmente decidió que para crear una obra tenía que borrar algo que para él tuviera un significado especial. Por esa razón pidió a Willem de Kooning, (Róterdam, Países Bajos 1904- East Hampton, Nueva York, Estados Unidos, 1997) un artista a quien Rauschenberg admiraba, que le diera uno de sus dibujos para

⁸⁸MATRAVERS, D. “The Dematerialization of the object”, en GOLDIE, P.-SCHELLEKENS, E. (ed.) *Philosophy and Conceptual Art*, Oxford University Press, New York, 2007, p.18 “.

⁸⁹GREEN, C., *The Third Hand: Collaboration in Art from Conceptualism to Postmodernism*, University of Minnesota Press. Minneapolis, 2001, p.15

⁹⁰ALBERRO, A.- STIMSON, B., *Conceptual Art: A Critical Anthology*, The MIT Press, Boston, 1999, p. 54.

borrarlo. La obra *Erased de Kooning* es el dibujo original de Kooning borrado por Rauschenberg, que posteriormente enmarcó, colocando en el marco una etiqueta con la siguiente inscripción, ideada por su amigo y también conocido artista Jasper Johns, que dejaba claro el significado de esta obra: “ERASED de KOONING DRAWING / ROBERT RAUSCHENBERG 1953”. El valor de esta obra yace no en su formalización sino en su significado, y en los motivos o las ideas que llevaron a Rauschenberg a borrar una obra de un artista por quien él sentía tanta admiración.

La *idea* es central en esta obra artística, planteando cuestiones fundamentales sobre la naturaleza del acto creativo, y cuestionando si este “acto” de borrar una obra de arte es arte solo por haber sido ejecutado por el -ya entonces- famoso Rauschenberg. Robert Rauschenberg borra un dibujo de Willem de Kooning y lo expone como su propio trabajo, al que titula “Erased de Kooning Drawing”. La capa pictórica del dibujo original se ha borrado, pero el resultado no es una “no-obra”, sino otra “obra”. No hay ninguna información importante sobre la pieza de Rauschenberg que se presente en su aspecto, excepto, quizás, este mismo hecho: que ver el resultado es artísticamente irrelevante⁹¹. La obra *Erased de Kooning Drawing* forma parte de la colección del *San Francisco Museum of Modern Art* (SF MOMA) desde 1998. Su ficha técnica describe la obra de la siguiente manera: “dibujo con restos de material dibujado en papel con etiqueta y marco dorado”. Esta obra no es más que un papel borrado en el que ya no se aprecia ninguna forma o color. Ninguna *expresión de la idea*. En la ficha aparece, curiosamente, © *Robert Rauschenberg Foundation* en su atribución de copyright⁹²

⁹¹ BINKLEY, T., “Piece: Contra Aesthetics”, *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, vol 35, n. 3 Spring 1977, p 265.

⁹² Ficha técnica disponible en <https://www.sfmoma.org/artwork/98.298/>, última consulta 22/12/2019



Título: “Erased de Kooning Drawing”

Autor: Robert Rauschenberg

Fecha: 1953

técnica: trazas de dibujo en papel, marco dorado e inscripción

Dimensiones 64.14 cm x 55.25 cm x 1.27 cm

Copyright© Robert Rauschenberg Foundation

Collection SFMOMA

La noción de que el arte debía preguntarse sobre su propia naturaleza empezó a condicionar las obras de algunos artistas, y estos empezaron a cuestionarse sobre la naturaleza del arte obligándonos a reevaluar lo que siempre habíamos aceptado y que había culturalmente condicionado nuestra respuesta estética al arte ⁹³. En 1957, Yves Klein (Niza, Francia, 1928 - París, Francia, 1962) creó su *Aerostatic Sculpture*, una obra compuesta de 1001 globos azules concebida para su exposición *Proposition Monochrome* que se lanzaron al cielo el día de su inauguración⁹⁴. Un año más tarde, su exposición *The Void*, de la que hablaremos más adelante, consistía en una galería vacía⁹⁵. En 1961 Piero Manzoni (Soncino, Italia 1933 - Milán, Italia 1963) exhibía *Merda d'artista*, las famosas latas que supuestamente contenían sus heces, poniéndolas a la venta por el equivalente de su peso en oro⁹⁶. Manzoni también firmó

⁹³ *Conceptual Art: A Critical Anthology*, op.cit., p.214

⁹⁴ WERTEMEIER, H., *Yves Klein 1928-1962. International Klein Blue*, Taschen, Colonia, 2001, p. 20

⁹⁵ *Yves Klein 1928-1962. International Klein Blue*, op.cit., p.31

⁹⁶ SILK, G., “Myths and Meanings in Manzoni's Merda d'artista”, *Art Journal*, vol. 52:3, 1993, pp. 65-75

cuerpos humanos declarando que eran obras de arte vivientes⁹⁷. En 1962, la célebre pareja artística Christo formada por Christo y Jeanne Claude (Christo: Gabrovo, Bulgaria, 1935; Jeanne-Claude: Casablanca, Marruecos 1935 -Nueva York, Estados Unidos 2009) conocidos por envolver algunos de los monumentos más emblemáticos del mundo, creaba su *Iron Curtain Work*, unas barreras de barriles en París que causaron enormes problemas de tráfico en la Rue Visconti en respuesta a la construcción del muro de Berlín. La “obra de arte”, según ellos, eran las colas de coches que se formaron⁹⁸. Hablaré de sus célebres monumentos envueltos más adelante. En 1964 se publicó *Grapefruit: A book of Instructions and Drawings* de Yoko Ono (Tokio, Japón, 1933), conteniendo una serie de instrucciones tales como “*Hide and Seek Piece: Hide until everybody goes home. Hide until everybody forgets about you. Hide until everybody dies*”. La pretensión de la artista es que estas instrucciones solo se pueden completar como obras de arte en la imaginación del lector⁹⁹. Las instrucciones creadas por artistas siguen siendo utilizadas como material creativo: Hans Ulrich Obrist (Zúrich, Suiza, 1968) uno de los comisarios más célebres del arte contemporáneo actual, dedicaba a las instrucciones la exposición “Do It” en 1993 con Tracy Emin (Croydon, Reino Unido, 1963), Ai Wei (Beijing, China, 1957), el ya mencionado Tino Sehgal o David Linch (Missoula, Montana, Estados Unidos, 1946)¹⁰⁰. En este proyecto Ulrich Obrist compila varias instrucciones que van desde poemas a diagramas, a las instrucciones sobre cómo bloquear una cámara de vigilancia de Ai Wei. Este proyecto, siguiendo la influencia de la corriente artística de Fluxus, permite su réplica en cualquier sitio y en cualquier lugar sin ni siquiera ser necesaria la presencia del artista, cosa que es característica en otras disciplinas de la Ley de Propiedad Intelectual pero no en las artes visuales.¹⁰¹

⁹⁷SAN MARTIN, F. J., *Piero Manzoni*, Nerea, Madrid, 1998

⁹⁸CEKANDER, M., “*Beyond Fabric: The Early Barrel Works of Christo and Jeanne-Claude, 1958-1962*”, University of Oregon p. 32, (disponible en <https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/handle/1794/18529> , ultima consulta 7/03/2019).

⁹⁹Yi HSUAN, E., “*Instruction Paintings: Yoko Ono and 1960s*”, *Graduate Journal of Visual Arts and Material Culture*, n. 6, 2013, p. 7 (disponible en <http://shiftjournal.org/wp-content/uploads/2014/11/lu.pdf>, ultima consulta 7/03/2019)

¹⁰⁰ Hans Ulrich Obrist es uno de los críticos y comisarios mas reconocidos del mundo del arte contemporáneo que ha comisariado mas de 200 exposiciones en los museos mas importantes del mundo -

¹⁰¹ Proyecto disponible en <http://curatorsintl.org/special-projects/do-it> , (ultima consulta en 29/8/2019)

En 1963, Dan Flavin (Queens, Nueva York, 1933 - Riverhead, Nueva York, 1996) realiza la primera de sus famosas esculturas con fluorescentes. Se trata de “Diagonal of Personal Ecstasy” (the Diagonal of May 25, 1963), un fluorescente amarillo instalado en una pared a 45 grados del suelo dedicado al también artista Brancusi. A partir de entonces, Flavin empieza a utilizar exclusivamente fluorescentes industriales como medio artístico para crear sus estructuras artísticas para explorar el color, la luz y crear nuevos espacios. Como se ha indicado anteriormente, Los fluorescentes de Dan Flavin ya fueron objeto de controversia en los tribunales arancelarios británicos sobre su categorización como obra de arte o simple material industrial y la Comisión Europea consideró que debían tributar en aduanas como tales sin beneficiarse de las tarifas aplicadas a las obras de arte.¹⁰²

En 1965, Michael Baldwin (Chipping Norton, Yorkshire, Reino Unido, 1945), que será unos años más tarde fundador del colectivo “*Art and Language*” presentó su *Mirror Piece*, un número variable de espejos dispuestos en la pared de un museo. En la página web de la Tate Gallery de Londres, la ficha del “mirror piece” está titulada como “Untitled Painting, 1965” y aparece con su copyright “© Art & Language” y su correspondiente enlace para obtener una licencia de la imagen¹⁰³. Baldwin introduciría el espejo como elemento creativo más adelante en otras de sus obras¹⁰⁴. El mismo año Hans Haake (Colonia, Alemania, 1936) creaba el *Condensation Cube*, un cubo formado por metacrilato y agua condensada en su interior que refleja su interés por los sistemas físicos pero que pone el acento a la idea de que arte que ha

¹⁰² En 2006, una galería de Londres, Haunch of Venison, realizó los trámites de importación de seis instalaciones de vídeo de Bill Viola procedentes de Estados Unidos y una obra escultórica de Dan Flavin. Las obras llegaron a las aduanas desmontadas y embaladas, (es decir, ya habían existido antes, no se trataba de material industrial sin un previo uso artístico) y las autoridades aduaneras rechazaron la clasificación de los bienes como “obras de arte”, a las que se aplica un IVA del 5% e impusieron la calificación basándose en su descripción material (tubos de neón y otros elementos de instalación como proyectores de vídeo), cargando a la galería con unas tasas de unas 36.000 libras. La galería apeló la decisión y ganó: El Tribunal de Aduanas del Reino Unido determinó que las obras eran “arte” y por lo tanto les correspondía la tributación con el IVA reducido del 5%. La Comisión Europea resolvió que la aplicación original del tipo impositivo fue correcta, ya que la valoración de los bienes que entran en territorio comunitario deben considerarse atendiendo a su realidad material. El carácter artístico de estas obras, según la Comisión, es consecuencia de su posterior montaje y exposición.

¹⁰³ Disponible en <https://www.tate.org.uk/art/artworks/art-language-untitled-painting-t12331> (última visita en 9/8/2020)

¹⁰⁴ BAILEY, R., *Art and Language. International Conceptual Art Between Art Words*. Duke University Press, Durham, 2016, p.21

perdido su capacidad representativa y referencial para revelarse solo como un “hecho” o estado de las cosas¹⁰⁵.

La combinación de palabras e imágenes es uno de los recursos más importantes del arte conceptual. En 1967 Mel Ramsden (Ilkeston, Reino Unido, 1944) exhibe sus *Abstract Paintings*, que consisten en un lienzo en el que aparece la lista de componentes químicos que conforman los pigmentos¹⁰⁶. John Baldessari (National City, California; Estados Unidos 1931) creó en los años 60 una serie de pinturas que solo contenían textos. Uno de ellos, y el que dio nombre a la retrospectiva dedicada a este artista que se mostró en la Tate Modern de Londres, el Museum of Modern Art de Nueva York (MOMA), el Museu Art Contemporani de Barcelona (MACBA) y el Los Angeles County Museum of Art (LACMA) fue *Pure Beauty*, una pintura sobre tela que no es más que un lienzo blanco con las palabras “*Pure Beauty*” impresas en su superficie sin una tipografía distintiva ni particular¹⁰⁷. A un creador literario no se le reconocerían derechos de autor sobre estas dos palabras, pero querer considerar esta obra una obra literaria y no de artes visuales para denegarle la protección sería distorsionar su naturaleza con el único objetivo de negarle la consideración de *obra* protegible. Más adelante examinaremos en profundidad las cuestiones que plantea esta obra y su encaje con los derechos de autor. En 1968 se fundó *Art & Language*, un colectivo inglés que se preguntaba si el papel del artista tenía que ser el de crear objetos materiales introduciendo en el mundo del arte publicaciones, índices, y textos¹⁰⁸. En 1968 Lawrence Weiner (Nueva York, Estados Unidos 1942) formuló su obra “*declaration of intent*”, en la que anuncia lo siguiente: “1. El artista podría construir una obra 2. La obra podría ser fabricada, 3. La pieza no tiene por qué construirse. Cada “*devenir*” igual y consistente con la intención del artista descansará en el

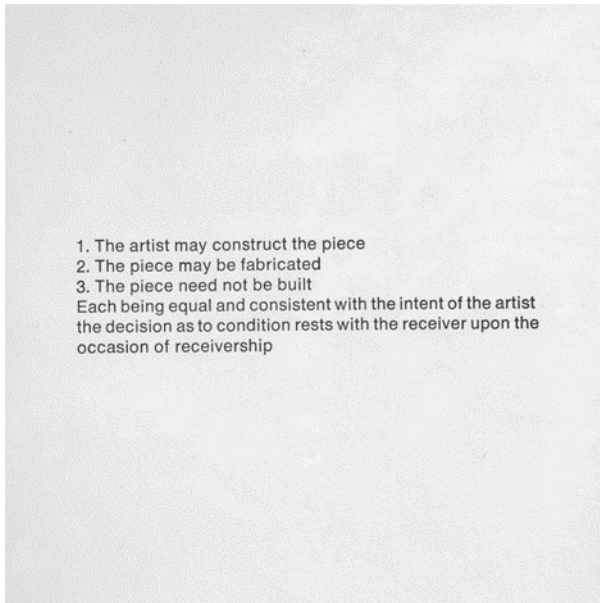
¹⁰⁵ADKINSON, T. - BAINBRIDGE, D. - BALDWIN, M. - HURREL, H. (Ed.), *Art-Language, The journal of conceptual Art* May 1969. Art & Language Press, p. 230

¹⁰⁶HARRISON, C., *Conceptual Art and Painting. Further Essays on Art and Language*. MIT Press, Cambridge, Mass and London 2003, p. 24.

¹⁰⁷MORGAN J, *Pure Beauty*, Tate Publishing, Londres, 2009. La exposición retrospectiva de Baldessari se presentó en la TATE Modern de Londres del 13 de octubre de 2009 al 10 de enero de 2010, en el MACBA de Barcelona del 11 de febrero al 25 de abril de 2010, en el LACMA de Los Angeles del 27 de junio al 12 de septiembre del 2010 y en el MET de Nueva York del 20 de octubre al 9 de enero del 2011.

¹⁰⁸HARRISON, C., *Essays on Art & Language*, MIT press edition, Cambridge 2001, p. 47

receptor a partir del momento en que sea recibido". Con estas frases, Lawrence Weiner desplaza la interpretación artística al observador de la obra de arte y sostiene la idea puede llegar a ser una obra de arte, aunque no se llegue a materializar¹⁰⁹. Lawrence Weiner afirmaba: "Una vez conoces uno de mis trabajos, ya es tuyo. No hay ninguna manera posible de entrar en tu cabeza y sacártelo"¹¹⁰.



Título: "An Accumulation of Information from Here to There"

Autor: Lawrence Weiner

Fecha: 1969

Técnica:

Publicación de 7 x 8.25 pulgadas

28 páginas, blanco y negro. Pdf.

¹⁰⁹. Este texto fue publicado en "January 5-31", una exposición organizada en 1969 por Seth Siegelau. La publicación de la exposición, en lugar de acompañarla o complementarla, funcionaba como la pieza principal, siendo el único objeto físico presente en ella. Los artistas presentes en ella eran Robert Barry, Douglas Huebler, Joseph Kosuth, y Lawrence Weiner. Weiner utiliza el lenguaje como material artístico. Sus "instalaciones textuales" pueden materializarse en obra gráfica (tinta sobre papel) o en forma de vinilos expuestos en las paredes de las galerías. Sus obras pueden tomar forma tangible en soportes tan poco ortodoxos como los sobrecitos de azúcar de los cafés, como pasó en "The crest of a wave", un proyecto de los comisarios Latitudes que tuvo lugar en la Fundació Suñol de Barcelona en 2008. Proyecto disponible en <https://www.lttds.org/projects/weiner/> última consulta 29/8/2019)

¹¹⁰ KNIGHT,N. "Slowly Adapting Art: Moving with the Times: Re-installing Originals," *The Oberlin Review*, April 27, 2007 http://www2.oberlin.edu/stupub/ocreview/2007/04/27/arts/Slowly_Adapting_Art_Moving.html (ultima consulta 5/6/20)

Joseph Kosuth (Ohio, Estados Unidos, 1945) artista y teórico que publica en 1969 un ensayo llamado "*Art After Philosophy*", promulgaba que el discurso tradicional del arte había llegado a su fin y proponía una radical investigación sobre la naturaleza del arte¹¹¹. Kosuth concluye que "arte es tautología", es decir, que el hecho artístico es idéntico a la idea de arte. Por lo tanto, el arte puro no puede ser otra cosa que la idea pura, sin ninguna apelación al gusto o la función social del arte, reclamando, además, un proceso de cancelación que "construya al borrar, sugiriendo una cosa (...) mientras es suprimida"¹¹². El proceso desmaterialización del arte iniciado por los artistas se consolida y desarrolla en los ensayos de los teóricos del arte¹¹³.

En 1970, Douglas Huebler (Ann Arbor, Michigan, Estados Unidos 1924- Truro, Massachusetts, Estados Unidos, 1997) exhibe una serie de fotografías tomadas cada dos minutos mientras conduce durante 24 minutos. Ese mismo año, Huebler pide a los visitantes de un museo que escriban en un papel un "auténtico secreto" y publica el resultado, llegando a la conclusión que los "auténticos secretos" son siempre los mismos¹¹⁴. En 1972 Fred Forest (Muaskar, Argelia, 1933) compra un espacio en blanco del periódico "Le Monde" e invita a sus lectores a llenarlo con sus obras de arte¹¹⁵. En 1977 Walter de Maria (Albany, Estados Unidos, 1935- Nueva York, Estados Unidos, 2013) inaugura su "*Vertical Earth Kilometer*" en Kassel, en ocasión de la prestigiosísima bienal de arte *Documenta*. La obra, una barra de cobre de un kilómetro, se entierra de manera que solo unos centímetros son visibles¹¹⁶. En 1988 Lawrence

¹¹¹KOSUTH, J., *Art after Philosophy and After: Collected Writings 1966-1990*, MIT Press, Cambridge, 1991, pp-13-32

¹¹²MORGAN, R.C., *Art into ideas. Essays on conceptual art*, Cambridge University Press, Cambridge 1996, p. 78

¹¹³LIPPARD, L. *Six Years: The Dematerialization of the Art Object from 1966 to 1972*, University of California Press, Berkeley 1997, p. 42

¹¹⁴ONORATO, R. J., *Douglas Huebler*. La Jolla Contemporary Art, May 27th-August 7th 1988, Museum of Contemporary Art, San Diego, 1988 (catálogo de la exposición)

¹¹⁵LERUTH, M. F., *Fred Forest, Utopia Media Art and Activism*. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2017, p.25

¹¹⁶ SCHELLEKENS, E., "Seeing the light. Aesthetic experience and understanding pictures", en PELLETIER, J.-VOLTOLINI, A. (Ed.), *The Pleasure of Pictures: Pictorial Experience and Aesthetic Appreciation* Routledge, Abingdon, 2018.

Weiner, de quien ya hemos hablado con anterioridad, crea "*Fire and brimstone set in a hollow formed by hand*" una frase que estampaba en las paredes del museo o galería que la exhibía en tipografía mayúscula *Sanseri*¹¹⁷. Esta obra (es decir, los derechos de reproducción de la frase) pertenece a la colección de la Tate Gallery de Londres. Weiner sigue usando hasta día de hoy el lenguaje como su herramienta de expresión artística. Pero no es un escritor: es un artista visual. Su medio de expresión artística no es la literatura: es la exposición. Las palabras no tienen ningún significado especial ni forman una frase entera. El valor estético de estas obras no es ni las letras, ni su relación con el espacio: la obra es la frase en sí misma, y la manera como resuena en la cabeza del espectador¹¹⁸.

En 1990 Guillermo Kuitca (Buenos Aires, Argentina 1961), reproduce un segmento del mapa de China en un colchón de cama de matrimonio para referirse a la metáfora del "*colchón de la tierra*". El nombre de la obra es "*Das Lied von der Erde*" –título copiado de una canción del célebre compositor Mahler. La destreza de la ejecución del trabajo no es lo importante, el impacto de la obra se produce en el intelecto: "*Das Lied von der Erde*" es la formalización de una idea, y es la idea y no su formalización donde se encuentra la obra¹¹⁹. En 1991, Félix González-Torres (Guáimaro, Cuba 1957- Miami, Florida, Estados Unidos 1996) del que hablaremos detalladamente más adelante, crea "*Untitled (Dead by gun)*" un bloc de pósters colocados en el suelo que invita al espectador a coger uno y llevárselo a casa. El contenido de los pósters es una lista de 460 víctimas de armas de fuego durante una semana de 1989 cuya información está fotocopiada del *Time Magazine*: nombre, edad y circunstancias de su muerte¹²⁰. En 1992 Maurizio Bolognini presenta en el Museo *Laboratorio di Arte Contemporánea di Roma* (MLAC) "*computer sigillati*", cientos de ordenadores precintados

¹¹⁷ (ficha técnica de la obra disponible en <https://www.tate.org.uk/art/artworks/weiner-fire-and-brimstone-set-in-a-hollow-formed-by-hand-ar00132>, última consulta 11/6/19)

¹¹⁸LUCIE SMITH, E., *Art Today*, Ed. Phaidon, New York 1999. p. 92-93

¹¹⁹HERZOG, H. M.-STEFFEN, K. (Ed.) *Das Lied Von Der Erde: Guillermo Kuitca*, Ed. Daros. Latin America Zurich, 2006 / *Art Today*, op. cit., p.100-101.

¹²⁰*Dead by Gun* es una obra que pertenece a la colección del MOMA de Nueva York (disponible en <https://www.moma.org/collection/works/61825>, última consulta 8/3/19)

programados para crear infinitas imágenes que nadie podrá ver¹²¹. En 1999 Tracey Emin (Croydon, Reino Unido, 1963) es nominada para el Turner Prize, uno de los premios más prestigiosos a nivel internacional en el campo de las artes visuales, por, entre otras obras, su pieza “*My bed*”, que no es más que su cama desecha y desordenada¹²².

El siglo XXI continúa dando obras maestras en arte conceptual: En 2001, Martin Creed (Wakefield, Reino Unido, 1968) gana el Turner Prize con su obra *The Lights Going On and Off*, una habitación vacía en la que las luces se encienden y se apagan¹²³. Unos años más tarde, en 2005, este mismo premio se otorga a Simon Starling (Epsom, Reino Unido 1967), artista fascinado con los procesos que conllevan la transformación de un objeto en otro diferente, presenta *Shed boat shed (mobile architecture no. 2)*; se trata de una cabaña de madera convertida en un barco, que el artista deja navegar en el río Rhin hasta la ciudad de Basilea en Suiza, para desmontarlo y volver a construir una cabaña con él¹²⁴.

Esta lista no tiene más pretensión que enumerar algunos ejemplos de obras que se extiende desde los años 60 hasta nuestros días. El arte que se presenta en bienales y ferias de arte de nuestros días demuestra que el arte conceptual no es un movimiento estanco ni mucho menos residual en la historia del arte asociado a un periodo concreto, sino un lenguaje creativo que está presente en la creación contemporánea de nuestros días, que apareció de manera más o menos simultánea en muchos rincones del mundo y que está muy presente en las grandes manifestaciones del arte contemporáneo actual.

Artistas de la creación contemporánea más reciente y de reconocido prestigio como Tino Sehgal (Londres, Reino Unido, 1976) llevan el arte conceptual y su relación con el ordenamiento jurídico al extremo, tensando normativas y utilizando como recurso creativo

¹²¹SCUDERO, D., *Maurizio Bolognini. Installazioni, disegni, azioni (on/off line)*, Lithos, Roma 2003, p. 212. Una extensa descripción del proyecto puede encontrarse en <http://www.bolognini.org/foto/> (última consulta 11/6/2019)

¹²²MERCK, M.-TOWNSEND, C.-EMIN, T. (Ed), *The Art of Tracey Emin*, Thames& Hudson, London 2002

¹²³CREED, M. - PISSARRO, J. - MORLEY, P. - RUGOF, R. *Martin Creed: What's the Point of It?*, Hayward Gallery Publishing, Londres, 2014

¹²⁴ROELSTRAETE, D. - J.HARBORD *Simon Starling, Contemporary Artists* Phaidon Press, London/New York 2012; <https://www.theguardian.com/uk/2005/dec/06/arts.turnerprize2005> última consulta 23/12/19

su relación jurídica con la institución o galería que le exhibe: Tino Sehgal no firma ningún documento, su “contrato” para exhibir su obra consiste en una transacción oral presenciada por un notario que tiene que ser transmitida de manera oral de un representante de institución a otro¹²⁵. Todas las obras de Tino Sehgal existen de manera efímera y solo se pueden documentar en la memoria del observador. Sehgal no permite fotografiar sus obras ni siquiera con finalidades de archivo. Sus materiales creativos son la voz humana, el lenguaje, el movimiento y la interacción, resistiéndose a la producción de objetos físicos, sean cuales sean. Las piezas de Sehgal son coreografías interpretadas en museos o galerías, y su resultado son las situaciones - la audiencia y los intérpretes de la pieza¹²⁶. Y sin embargo, las “obras” de Sehgal, como ya se ha comentado anteriormente, se valoran en el mercado del arte con cifras altísimas¹²⁷.

Finalmente, el arte conceptual también ha sido y sigue siendo un medio expresivo de los artistas más controvertidos que con sus obras –o con las preguntas que nos obligan a hacernos enfrentados a ellas– nos incomodan, nos provocan y nos indignan–pero nos hacen reflexionar. Es el caso de Kris Martin (Kortrijk, Bélgica 1972) un artista conceptual belga que en sus obras reflexiona sobre el paso del tiempo y el sentido de la vida y de la muerte. Algunas de sus obras no suscitan ningún dilema ético, como su pieza *For Whom (2012)*, una campana de bronce que balancea sin producir sonido¹²⁸. Otras son altamente controvertidas, como los restos de un cuerpo humano enterrados en un punto indeterminado del parque del *Walker Art Center* de Minneapolis en Estados Unidos sin ningún tipo de tumba o lápida, cuyas coordenadas están indicadas en un certificado expuesto en el museo¹²⁹. Martin también es el

¹²⁵ Obviamente la validez legal de la presencia de un notario varía según lo que determine cada jurisdicción. La imposibilidad de anotar nada tendrá efectos legales muy dispares.

¹²⁶ VAN DEN BRAND, J. *Tino Sehgal: Art as Immaterial Commodity* Lap Lambert Academic Publishing 2015

¹²⁷ Ver nota 3

¹²⁸ Esta obra fue presentada por primera vez en la exposición *Every Day of the Weak* en Kestnergesellschaft, Hanover, una de las mayores y más conocida *Kunstverein* (asociaciones de artistas que crean sus museos y sus colecciones) de Europa. La exposición pudo visitarse del 23 de Noviembre del 2012 al 3 de Febrero del 2013 (disponible en <https://kestnergesellschaft.de/en/#!/ausstellung/kris-martin/>, última consulta 8/3/2019)

¹²⁹ La obra *Anonymous II* se instaló en el jardín del Walker Art Center de Minneapolis, en el Estado de Minnesota, en 2009. El esqueleto humano fue originalmente utilizado para la investigación médica.

autor de una obra que consiste simplemente en la palabra “Somebody” escrita con el propio dedo del artista sobre papel utilizando cenizas de un crematorio¹³⁰. Aunque para los neófitos en este tipo de arte estas dos obras puedan provocar repulsa o la calificación inmediata de gamberrada sin ningún tipo de interés, lo cierto es que, unánimemente, el sector del arte – instituciones, galerías, críticos- no alberga ninguna duda sobre la relevancia y el interés que suscitan las obras de este artista. Hablaré de ellas en profundidad más adelante.

Todas estas obras de naturaleza y cronología tan dispares tienen una característica en común: La “obra” está en la idea, en la intención, y su formalización es secundaria, ni siquiera necesaria para que exista la obra de arte. A diferencia de movimientos anteriores que esperan del espectador una “experiencia estética”, que se fundamentan en la contemplación de un objeto, en el arte conceptual el *conocimiento* es necesario. El espectador necesita una cierta *información* para “entender” el sentido de la pieza, necesita hacer un esfuerzo para comprender el *mensaje*, a menudo muy alejado del *objeto*: No es el tipo de arte que se disfruta por su valor *estético* sino por su valor *conceptual*, pero para acceder a él necesitamos conocer previamente las “claves” que nos permitan descifrarlo¹³¹.

Las obras de arte conceptual trabajan con ideas, con conceptos como medio artístico, y no con formas, colores o materiales. Esta es lo que marca el arte conceptual como radicalmente diferente al arte tradicional¹³². No buscan la experiencia estética sino el impacto del intelecto. Su interés no yace en la forma sino en la idea, el significado.

3. MARCO JURÍDICO: LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR AL ARTE CONCEPTUAL. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE OBRA.

La definición del concepto de *obra* es crucial en la legislación de derecho de autor, ya que establece su ámbito de aplicación material. El derecho de autor nace solo si hay *obra*, y para

¹³⁰*Somebody* fue expuesto por primera vez en la galería del artista Sies + HökeDüsseldorf del 12 de octubre al 9 de Noviembre de 2013 (<https://www.artsy.net/show/sies-plus-hoke-1-kris-martin-somebody>, última consulta 8/3/2019)

¹³¹COSTELLO, D. “Kant after Le Witt: Towards an Aesthetics of Conceptual Art” en Goldie, P. & Schellekens, E. (eds.), *Philosophy and Conceptual Art*. Oxford University Press, 2007, p 92)

¹³²GOLDIE, P. & SCHELLEKENS, E. (EDS.), *Who’s Afraid of Conceptual Art?* Routledge, London 2010, p.60

que exista una obra artística que conceda un poder de exclusiva a favor de su titular tendremos que analizar esa obra artística bajo la luz de la legislación nacional aplicable. Así describe el profesor Rodrigo Bercovitz la importancia de la obra: «*La obra es el objeto sobre el que la propiedad intelectual concede un derecho en exclusiva a favor de su titular, inicialmente le autor. Es el objeto del derecho de autor. (...) El derecho nace solo si hay obra y su alcance queda circunscrito a de la obra, a lo que la obra tenga de tal*». De ahí que el concepto de obra sea clave para la propiedad intelectual o derecho de autor¹³³. El concepto de obra en propiedad intelectual, como ya hemos apuntado anteriormente, puede no coincidir con el concepto de obra artística.

“*No todos los productos del intelecto humano deben quedar sujetos al derecho de propiedad intelectual*”, anuncia Ramon Casas en la introducción de “El régimen jurídico de la Parodia” de Mario Sol¹³⁴. Como mínimo son necesarias dos condiciones para considerar que una creación merezca la protección conferida a una obra: 1, y ser original¹³⁵. El requisito de la fijación varía según las jurisdicciones donde nos encontremos, como veremos más adelante, y la necesidad de que esta obra haya sido creada por del esfuerzo intelectual o creativo de un autor o autores (entendiendo al autor como persona o personas físicas o jurídicas a la que se compensa por su esfuerzo intelectual), es decir, “producida por una actividad humana encaminada a la creación”. Por lo tanto, no serán protegibles obras realizadas por un animal, por la naturaleza ni tampoco las obras realizadas por una máquina. Finalmente se requerirá que sea una creación de contenido artístico, científico o literario, se infiere o se indica de manera explícita en la mayoría de las legislaciones¹³⁶.

¹³³BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 51

¹³⁴SOL MUNTAÑOLA «El Régimen Jurídico de la Parodia», introducción de Ramon Casas, p. 10

¹³⁵ El requisito de que la expresión debe tener una cierta estabilidad que permita una apreciación o reconocibilidad que no sea enteramente subjetiva se analiza en el Caso Levola (TJUE) que analizaré más adelante

¹³⁶ La sentencia *Cofemel*, de la que hablaremos más adelante, establece solo el requisito de originalidad y expresión: “el concepto de «obra» (...) constituye, tal como resulta de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una noción autónoma del Derecho de la Unión que debe ser interpretada y aplicada de manera uniforme y que supone la concurrencia de dos elementos acumulativos. Por una parte, este concepto implica que existe un objeto original, en el sentido de que el mismo constituye una creación intelectual propia de su

Cada uno de estos requisitos de protección puede, en ciertas ocasiones y en algunas jurisdicciones, resultar un reto para obtener la protección de algunas de las obras de arte conceptual: (1) la plasmación, fijación o expresión en un soporte tangible o intangible -y su eventual fijación- como veremos en caso “Wild Flowers” de Kelley; (2) la originalidad, como veremos en el caso “Paradis” de Jacob Gautel, (3) la existencia de un autor, como veremos en varias obras de arte que no han llegado a sentar jurisprudencia, y, finalmente, (4) el requisito de ser obra de contenido literario artístico o científico ya que, como veremos, ni la normativa ni la jurisprudencia ofrecen una definición jurídica del concepto de obra artística¹³⁷.

Veamos cuales son las características de estos requisitos y como se pueden adaptar a ellos las obras de arte conceptual.

3.1. La idea, su expresión en un soporte tangible o intangible y la fijación en el arte conceptual.

Sol LeWitt definía el arte conceptual de la siguiente manera *“las ideas pueden ser obras de arte, son parte de una cadena de desarrollo que eventualmente pueden encontrar forma. No todas las ideas tienen que ser tangibles*¹³⁸.

La distinción entre la idea y la expresión de la idea es uno de los fundamentos principales sobre los que se sustentan la Ley de Derecho de Autor¹³⁹. Todas las normativas que tienen como objeto la protección de derechos de autor, ya se trate de tratados internacionales, directivas, o de legislaciones nacionales, coinciden en este criterio, fundamentado en el

autor. Por otra parte, la calificación como obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual”. Asunto Cofemel C-683/17, pfo. 29

¹³⁷ Sobre este concepto, ver el apartado 5.1.

¹³⁸SOL LEWITT *“Sentences on Conceptual Art”*. El manuscrito original se encuentra en posesión del MOMA de Nueva York (disponible en <https://www.moma.org/collection/works/146945> , ultima consulta 27/08/2020) su contenido está disponible en <http://www.altx.com/vizarts/conceptual.html>; última consulta 8/03/2019)

¹³⁹ El Tribunal de Justicia Europeo ha precisado el caso *Levola*, que veremos más adelante, que el concepto de «obra», a que se refiere la Directiva 2001/29, implica necesariamente la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad: “Por otra parte, la calificación como «obra», en el sentido de la Directiva 2001/29, se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual (...)”. *Levola Hengelo BV contra Smilde Foods BV*, C-310/17. Pfo. 37

principio de que ninguna *obra* puede conferir a un solo autor el monopolio de una idea. Para la libre competencia sería perjudicial conferir el monopolio de una idea a un solo titular (y por lo tanto conferirle con el reconocimiento de la protección de los derechos exclusivos que se extenderían durante la vida del creador y de los derechos morales en las jurisdicciones que se reconocen). Una misma idea puede ser expresada de maneras distintas según la impronta personal de cada autor, y en esta expresión particular se encuentra el ámbito de protección material del derecho de autor.

Para que una *obra* sea protegible por la ley de propiedad intelectual, se exige que su expresión tenga una existencia autónoma a la idea. Los requisitos sobre qué tipo de “expresiones de las ideas” son protegibles por los derechos de autor, y concretamente si es necesaria o no su fijación, varían de jurisdicción en jurisdicción.

Las distancias entre la idea y la obra protegida son ampliamente comentadas por la doctrina. “Las ideas y los sentimientos que no tienen forma o no son exteriorizados carecen de protección. Además, no las necesitan” afirma el profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano.¹⁴⁰

Ruipérez Azcárate se refiere de este modo el concepto de la idea: “la idea es el origen de la obra, si bien esta no es tal hasta que el creador no plasma dicho pensamiento en algo perceptible para los sentidos”¹⁴¹. La doctrina mayoritaria defiende que las ideas no podrán beneficiarse de la protección del derecho de autor¹⁴². Proteger las ideas, en principio, supondría un menoscabo para los derechos fundamentales, ya que el derecho de autor también se ocupa de los intereses generales: A cambio de garantizar a los autores unos derechos exclusivos sobre la explotación de sus obras durante un tiempo limitado, la sociedad

¹⁴⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., “Art 10.1”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, op. Cit., p. 161.

¹⁴¹ RUIPEREZ AZCÁRATE, C. *Las obras del espíritu y su originalidad*, Editorial Reus, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid 2012, p. 18

¹⁴² Julien Cabay, menciona que existe una doctrina minoritaria que defiende la inclusión de las ideas en la protección del derecho de autor, mencionando a Raymond Lindon, Cherpillod y Lucas, y especialmente M. Buydens. CABAY, J. en “<Ce sont les regardeurs qui font les tableaux> La forme d’une œuvre d’art conceptuel en droit d’auteur”, Puttemans, Andrée; Demarsin, Bert, *Les aspects juridiques de l’art contemporain*, Larcier, Bruselas, 2013 p.23

se asegura de mantener la creación artística científica y literaria en buena salud y por lo tanto promover bien público que enriquece la sociedad con el que identificamos nuestra identidad cultural. La protección de las meras ideas supondría un monopolio injustificado por parte de los titulares de las *obras* y por lo tanto un obstáculo al libre ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión y de información o la libertad de creación. Así lo establece también la jurisprudencia “lo que el derecho de autor protege no son las ideas relacionadas con la obra, inspiradoras o contenido de la misma, sino la forma en que las mismas aparecen recogidas en ella, ya que la libertad de utilización de ideas y conocimientos es esencial para el desarrollo social, cultural económico y científico¹⁴³.”

Pero, en la práctica, no es siempre fácil diferenciar la forma de la idea, y en los casos en las que una obra de arte conceptual ha visto sus derechos de autor vulnerados y su titular ha llevado el caso a los tribunales, la mayor complejidad que han tenido que afrontar los jueces el diferenciar entre la forma y el fondo¹⁴⁴.

En algunas ocasiones esta separación es imposible o incómoda, y en algunos casos las sentencias tienen que construir una hábil pieza de orfebrería jurídica para adaptar los hechos a la norma y llegar a la conclusión coherente con el espíritu de la ley de propiedad intelectual. Buen ejemplo de ello es el caso “Paradis” del que hablaremos en las siguientes páginas, en el que fue considerado ilícito apropiarse sin autorización de la obra artística de un tercero, aunque la naturaleza de la obra copiada distara considerablemente de los requisitos necesarios de la *obra* protegida¹⁴⁵.

¹⁴³SJPI de Sevilla N 13 (rec.1351/2002) de 26 de septiembre de 2003.

¹⁴⁴ Es el caso de *Kelley v. Chicago Park District*. 635 F.3d 290, que veremos más adelante, la obra de arte conceptual *Wildflower Works* creada por el reconocido artista Chapman Kelley en 1984 no fue considerada obra protegible por el séptimo circuito federal por no cumplir el requisito de fijación ni de autoría, a pesar de ser considerada una obra original. Esta sentencia, que será comentada más adelante, ha sido ampliamente criticada por la doctrina de la historia del arte y del derecho (<http://www.jetlaw.org/2011/04/14/uncertain-future-for-conceptual-art/>, http://clancco.com/wp/2011/02/vara_moral-rights_sculpture_originality/; <https://jolt.law.harvard.edu/digest/kelley-v-chicago-park-district> ultimo acceso 19/1/2020)

¹⁴⁵Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 13 novembre 2008, 06-19.021 disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019772214&fastRegId=433114760&fastPos=1> (ultima consulta 1/12/20)

Veamos a continuación algunos ejemplos en diferentes jurisdicciones y como sus normativas y jurisprudencia han ido adaptando los casos referentes a las artes visuales al requisito de *la idea* en contraste con *la expresión de la idea* y su fijación de la legislación de propiedad intelectual.

3.1.1 Idea y expresión en Tratados Internacionales

El convenio de Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas se expresa en líneas poco precisas sobre la definición del concepto de *obra*. Así define su objeto de protección en su artículo 2.1¹⁴⁶.

1) Los términos « **obras literarias y artísticas** » comprenden todas las producciones en **el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión**, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias “.

El **Convenio de Berna** no hace referencia específicamente al término “idea” sino que meramente se refiere a las obras que pueden ser protegidas como expresiones, y no requiere que la forma de expresión se encuentre fijada en un soporte, especificando en el artículo 2.2 que únicamente permite a los países de la Unión a condicionar la protección de las obras con el requisito de su fijación en un soporte material¹⁴⁷

Este requisito de fijación que el Convenio de Berna deriva al criterio del legislador nacional está a menudo relacionado con la problemática de la protección de las obras coreográficas y

¹⁴⁶ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, firmado en Berna el 9 de septiembre de 1886 (Acto de París de 24 de julio de 1971), enmendado el 28 de septiembre de 1979 (en lo sucesivo, «Convenio de Berna»):

¹⁴⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Artículo 10” en, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.) *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 105

pantomimas, pero la definición o no de este requisito en las legislaciones nacionales afecta de lleno también al arte contemporáneo. Tal como apunta Ignacio Garrote el concepto de “obra no fijada” no se corresponde con el de “obra no exteriorizada”¹⁴⁸.

Bercovitz, en sus “Comentarios al Convenio de Berna”, apunta que llama la atención que ni el título ni el preámbulo del Convenio “Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas” se refieren explícitamente al “derecho de autor”, ni tampoco se encuentra en él una definición del concepto de obra o de autor¹⁴⁹. Señala Bercovitz que todo ello se debe a la dificultad de encontrar un consenso entre todos los participantes, y que los conceptos claves que determinan la aplicación o no del convenio (concepto de autor y concepto de obra) permanecen al margen del mismo, dependiendo de la calificación del supuesto de hecho *de acuerdo con la lex fori y la lex causae*. Tanto el texto original del convenio como su posterior evolución rehúyen la codificación sustantiva en aras a establecer un común denominador que diera lugar a una protección sustantiva mínima.

Cabe subrayar que las obras de artes plásticas realizadas alrededor de 1886 eran tales como “meditación” de Auguste Rodin o “Mujer con sombrilla” de Claude Monet. A nivel formal, nada tienen que ver obras de arte conceptual como las mencionadas más arriba con las obras de artes plásticas de finales del siglo XIX; que se creaban siguiendo las técnicas tradicionales y que cumplían cómodamente todos los requisitos para ser consideradas una *obra* protegible: originalidad, plasmación en un soporte tangible, y contenido artístico. Sin embargo, otras disciplinas como la literatura y la música (con excepciones como el 4’33” compuesta por John Cage, de la que hablaremos más adelante) pueden haber evolucionado mucho en cuanto a estilo, pero su formalización, su plasmación en un soporte tangible (partitura y ejecución musical, o texto escrito en el caso de la literatura) sigue teniendo la misma naturaleza que cuando se desarrolló el primer tratado internacional de derechos de autor.

¹⁴⁸GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I., “Comentario al artículo 2.2” Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.) *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 137

¹⁴⁹BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, op. Cit., p. 90

El extraordinario crecimiento de los países que se adhirieron al convenio de Berna (1886) y la dificultad de conseguir unanimidad añadió una cierta dificultad a su evolución. El convenio de Berna ha sido objeto de numerosas y sucesivas revisiones, siendo destacables las que tuvieron lugar en 1996, casi un siglo más tarde, con la creación de los tratados de la OMPI respondiendo a la revolución digital.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT, acrónimo en inglés) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 para protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital se refiere a lo siguiente en tratar de determinar el ámbito de la protección del derecho de autor

Artículo 2_Ámbito de la protección del derecho de autor

*La protección del derecho de autor abarcará las **expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.***

La aparente dificultad en establecer una definición de *obra* no es una particularidad del convenio de Berna ni de sus sucesivas modificaciones: Tampoco se consideró establecer una definición en las rondas de negociación de Uruguay del GATT que precedió al *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (ADPIC)¹⁵⁰. El ADPIC es un tratado internacional muy amplio que incluye todas las categorías de la Propiedad Intelectual, entre ellas el derecho de autor, marcas, derecho industrial, patentes, modelos de utilidad. El objetivo del ADPIC es establecer unas regulaciones mínimas para la regulación nacional de todas las formas de la propiedad intelectual. La negociación de ADPIC se llevó a cabo en 1994 en la negociación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (conocido como GATT), del que la Organización Mundial del Comercio (OMC) se convirtió en entidad sucesora.

En relación al derecho de autor, TRIPPS dice lo siguiente:

Artículo 9 Relación con el Convenio de Berna

¹⁵⁰ El ADPIC es la nomenclatura española por la que también se conoce el *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, (TRIPS Agreement).

2. *La protección de los derechos de autor se extenderá a las expresiones y no a ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos como tales.*

Tampoco la **Convención Universal sobre el Derecho de autor de la Unesco de 1952** parece ofrecer una descripción clarificadora de las características que debe tener una obra para merecer la protección de los derechos de autor.

Artículo 1 Cada uno de los Estados contratantes se compromete a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura.

3.1.2. Idea y expresión en el Derecho de la Unión Europea

El *Caso Levola* del TJUE planteó una cuestión relevante para la protección de las ideas o de las obras no plasmadas en un soporte tangible: ¿Puede un sabor puede ser objeto de protección de derechos de autor?¹⁵¹. Una empresa holandesa fabricante de queso demandó otra empresa por haber copiado el sabor de un queso de untar. El tribunal consideró que el concepto de “obra” contemplado en la directiva 2001/29 “implica necesariamente una expresión del objeto de la protección del derecho de autor que la identifique con suficiente precisión y objetividad, aunque esta expresión no sea necesariamente permanente”, cosa que no ocurre en el caso de un sabor¹⁵² Son destacables las conclusiones del Abogado General del

¹⁵¹Caso *Levola* (STJUE de 13/11/2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899)

¹⁵²Apartado 32 de la sentencia del Caso *Levola*. La jurisprudencia de los tribunales supremos nacionales en la Unión Europea se ha posicionado de manera diferente en cuanto si la protección de los derechos de autor se extiende a un olor: Una sentencia holandesa del 16 de junio de 2006 de Hoge Raad der Nederlanden (tribunal supremo de los países bajos) Lancome (NL:HR:2006: U8940) admitía la posibilidad de reconocer el derecho de autor sobre un perfume. La sentencia analiza si un perfume tiene las características necesarias para merecer protección y en caso de serlo, si tiene la suficiente “marca personal” para ser considerado original. Lancome consiguió la protección alegando que el producto era perceptible, concreto, estable y suficientemente identificable, y que el perfume era una combinación única de componentes específicos que lo hacían único y por lo tanto cumplía el requisito de originalidad. (rov 4.12.1-4.12.2). Y sin embargo la Cour de Cassation francesa ha desestimado en una sentencia del 10 de diciembre de 2013 (FR: CCASS:2013: Co01205) la posibilidad de que la protección de los derechos de autor se extienda a un olor. (disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028329512>)

Caso *Levola* en la medida en que separa la noción de obra y la exigencia de originalidad¹⁵³. Podría entenderse esa separación si el objetivo fuera reconocer la originalidad en realidades no protegibles como, por ejemplo, las ideas.¹⁵⁴

3.1.3. Jurisprudencia sobre idea y expresión en los estados de la Unión Europea

Francia es uno de los países europeos donde encontramos más jurisprudencia y doctrina dedicada a las consecuencias de la desmaterialización de las obras artísticas. El *Code de Propriété Intellectuelle* francés de 1992 (en adelante CPI) en su artículo L111-2 requiere la independencia de la obra y de su plasmación en un objeto material¹⁵⁵. “la propiedad literaria y artística no protege las ideas o los conceptos, solamente la forma original sobre la que estos se expresan”. En este artículo de la Ley de Propiedad Intelectual francesa se refleja claramente la dicotomía clásica entre la forma y la idea. No se exige a la obra ningún requisito de fijación para ser protegida, solo que la obra sea perceptible a los sentidos, una concretización formal que de forma a las ideas o a los conceptos. El problema se plantea cuando la “desmaterialización” de la obra del espíritu no alcanza a cumplir el requisito de forma de obra perceptible a los sentidos.

Hay poca jurisprudencia sobre arte conceptual y la dicotomía idea y su expresión en relación al contemporáneo en general, especialmente en el ámbito europeo. Quizás la más relevante hasta hoy es el caso “Paradis”, el caso Tribunal de Casación francés en sentencia de 13/11/2008¹⁵⁶. Este caso concierne una obra de Jakob Gautel (Kalsruhe, Alemania, 1965), un

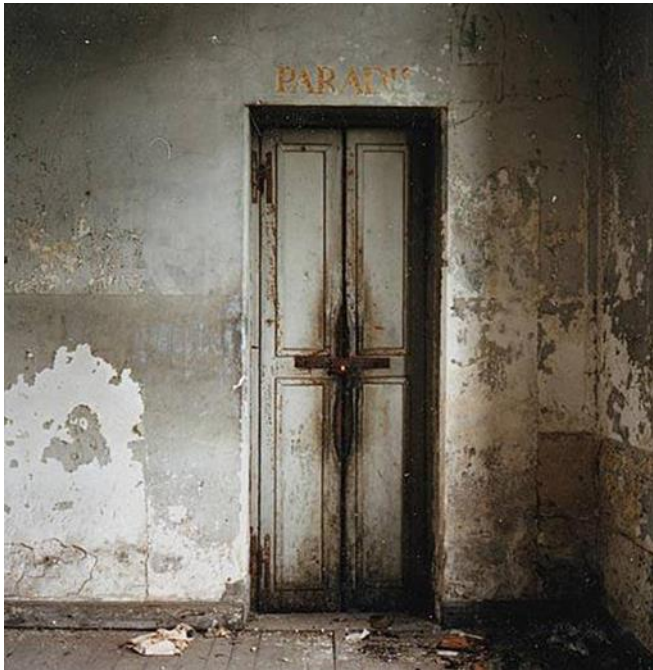
¹⁵³ Asunto C-310/17, Conclusiones del Abogado General M. Wathlelet, 25 julio 2018, párrafo 58, nota 31.

¹⁵⁴ Pilar Cámara Águila, no concuerda con esta argumentación y apunta: *No es que “además del requisito de que el objeto en cuestión sea original, debe tratarse de una obra”, si no que el orden lógico debe ser el inverso: primero ha de tratarse de una obra y luego determinar si existe originalidad para que exista protección por el derecho de autor.* CAMARA ÁGUILA, P. "Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad" en Cámara Águila, P; Garrote Fernández Díez, I. (coord.) *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia 2019, p. 51

¹⁵⁵ Code de la Propriété Intellectuelle LOI n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle

¹⁵⁶ 06-19.021 Arrêt n° 1108 du 13 novembre 2008 Cour intellde cassation - Première chambre civil El tribunal de Casación de Francia es la instancia más alta del orden jurisdiccional francés, con jurisdicción sobre casos civiles y penales. (Disponible en

artista alemán que trabaja sobre todo con imágenes, a menudo fotografías de lugares contrapuestas con palabras o inscripciones que suscitan arduas cuestiones al espectador.



Título: “Paradis”

Autor: Jacob Gautel,

Fecha: 1990

Técnica: letras doradas sobre puerta de hospital abandonado

https://artinvestment.ru/en/news/artnews/20081121_french_photographers.html

“Paradis” es una instalación artística en la que el autor reproduce la palabra “Paradis” con letras de pan de oro doradas, imitando la tipografía comúnmente utilizada en los edificios públicos. Gautel coloca la palabra “Paradis” encima de una puerta decrepita que conducía a los baños del dormitorio destinado a los alcohólicos de un antiguo hospital, Ville-Evrard que alojó ilustres huéspedes como Camille Claudel o Antonin Artaud¹⁵⁷. Gautel trabaja a menudo creando estas instalaciones artísticas en las que una palabra fuera de su lugar predecible plantea una paradoja.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_11964.html. última consulta 8/3/2019)

¹⁵⁷Esta obra se presentó en 1990 en un evento que tuvo lugar entre el 1 de mayo al 30 de junio de 1990 en el Centre Hospitalier Spécialisé (CHS) de Ville-Evrard, en Neully sur Marne, que fue abierto al público especialmente para la ocasión y en el que varios artistas intervinieron parte del espacio. El evento se incluyó en el marco de *Pour un espace de recherche et de production*, y fue organizado por la asociación “il faut le faire” (disponible en <http://www.ilfautlefaire.org/actions/1990-2/pour-un-espace-de-recherche-et-de-production/>)

El caso se originó cuando una fotógrafa, Bettina Rheims, incluyó dos fotografías de la obra “Paradis” para incorporarla en su obra- un tríptico titulado “Nouvelle Eve” que expuso en su galería y en la edición de la obra “INRI” editada por Albin Michel. El tríptico incluía una fotografía de una mujer joven cubriéndose el pubis con las manos delante de la puerta encima de la cual se encuentra la inscripción “Paradis”, acompañada por la inscripción “La Nouvelle Eve I, Mars 1977, Ville Evrard” y otra mujer a la derecha, anciana, que cubre su sexo con la mano mientras mantiene un brazo levantado, delante de la misma puerta en la que se ve la inscripción “Paradis” titulada “La nouvelle Eve, III, Mars 1997, Ville Evrard”. La obra reproducía íntegramente la obra de Jakob Gautel¹⁵⁸. Esta reproducción se hizo sin mediar ningún tipo de acuerdo o licencia entre los dos artistas y Gautel denunció.

La defensa de Rheims argumentó que una palabra por sí sola no era más que una idea sin forma protegible por la Ley de Propiedad Intelectual. La obra de Gautel, según Rheims, estaba formada por una serie de elementos preexistentes y por lo tanto no alcanzaba la condición de “obra del espíritu” necesaria para ser protegible. En consecuencia, la creación de Gautel no tenía el carácter de *obra* según la Ley de Propiedad Intelectual y por lo tanto no podía ser protegida bajo los derechos de autor

Fue la primera vez que la Cour de Cassation francesa protegía una obra de arte conceptual. Este caso dio lugar a un intenso debate doctrinal sobre la posición tomada por los jueces¹⁵⁹. “La intelectualización de la creación no excluye su concretización en una forma original”, argumenta Nadia Walravens.¹⁶⁰, mientras que otros autores como B. Edelman y Ph. Gaudrat argumentan justo lo contrario, interrogándose sobre el carácter artificial del razonamiento del tribunal y preguntándose si el resultado hubiera sido el mismo si la fotografía se hubiera encuadrado sin que apareciera la inscripción¹⁶¹. La originalidad solo se puede encontrar en

¹⁵⁸ Walravens-Mararescu, N. “De l’Art conceptuel comme création et sa protection par le droit d’auteur”, *Revue Internationale de Droit d’Auteur (RIDA), Doctrine*, n° 220, avril, 2009, p. 3-73.

¹⁵⁹ TREPPOZ, E. “La nouvelle Ève au “Paradis” du droit d’auteur” en *Les aspects juridiques de l’art contemporain* CAUVIN, M. “Les concepts du droit d’auteur dans l’enfer de l’art conceptuel”, CCE 2009, étude 20. GALAN, D.

¹⁶⁰ “De l’art conceptuel comme création et sa protection par le droit d’auteur comme creation et sa protection par le droit d’auteur”, op.cit, p.5

¹⁶¹ B. EDELMAN, “Le «Paradis» de la Nouvelle Ève dans l’enfer du droit d’auteur”, D., 2006, Somm. comm., p. 2991, n.14; GAUDRAT, Ph., “De l’enfer de l’addiction au Paradis des toilettes: tribulations judiciaires au purgatoire du droit d’auteur. Observation sur Civ. 1re 13 nov. 2003”, RIDA 2/2009, p. 81 -171

la forma, y en el arte conceptual la creación reside en la idea. La dificultad de este caso, por lo tanto, residía en encontrar la “huella de la personalidad del artista” en la forma y no en la idea. El razonamiento del Tribunal de Casación argumenta que *“la aproximación conceptual del artista, que consiste en situar una palabra en un espacio particular despojándola de su sentido común, estaba formalmente expresada en una realización material original”*¹⁶². El tribunal consideró que a pesar de que la “obra del espíritu” residía en el “mensaje” transmitido por el artista, *“...situar una palabra en un lugar particular y cambiándole el sentido”* su plasmación justificaba su protección por el de derecho de autor. Aunque la obra incluyera una gran parte de intelectualización, su forma se consideró original. El tribunal consideró que esta obra de arte conceptual contenía suficientes elementos estéticos (y por lo tanto “plasmados en un soporte material”) que reflejaban la personalidad del artista y por lo tanto constituían una “obra del espíritu”.

Este es un ejemplo en el que las categorías tradicionales del derecho de autor no se adaptan al arte conceptual, pero, sin embargo, el tribunal no tiene más remedio que reconocerla obra como “obra del espíritu” realizando un complejo y un tanto forzado ejercicio argumentativo para poder desautorizar su reproducción. Se trata de una sentencia bastante sorprendente, en la que el tribunal menciona la “elección estética que traduce la personalidad del derecho de autor” y considera la obra en su globalidad, sin entrar en si la idea se encuentra en la expresión material de la palabra con letras doradas o en el sentido conceptual de la obra.

El objetivo de la Ley de Propiedad Intelectual (evitar reproducir las obras ajenas sin obtener autorización) conduce al tribunal a la fabricación de nuevas categorías para evitar que los conceptos tradicionales del reconocimiento de la consideración de “obra del espíritu” –y que funcionan perfectamente en otras disciplinas– dejen fuera de protección a esta obra de arte conceptual.

Otro caso francés relevante referente a la diferencia entre la idea y su plasmación es el caso de una pieza del artista suizo conocido como Daniel Spoerri (Daniel Isaac Feinstein, Rumania, 1930). Spoerri fue un artista muy importante del arte de postguerra europeo relacionado con el Nuevo Realismo (movimiento artístico en el que los artistas se apropian de lo “real”) y el

¹⁶² 06-19.021 Arrêt n° 1108 du 13 novembre 2008, 4o parrafo

movimiento *Fluxus*, movimiento heredero del dadaísmo que busca introducir el arte en lo cotidiano. Spoerri es conocido entre otras creaciones por sus obras construidas a través de objetos que quedan después de una comida ensamblados en una tabla o mesa que se exponen prácticamente sin modificar que él llama “eat art”¹⁶³.

En 2005, en una de sus exposiciones, el artista invitó a los visitantes a crear sus propias obras. Spoerri seleccionaba las obras que más le gustaban y emitía un certificado de autenticidad que adhería en el dorso de su soporte. En una subasta un coleccionista adquirió una de estas obras que en realidad había sido realizada por un niño de 11 años siguiendo las instrucciones que se ofrecían a todos los visitantes de la exposición. La cuestión que se dirimió en los tribunales era si la ejecución personal era una condición necesaria para la consideración de la autoría o si seguir las instrucciones (plasmar o ejecutar una idea) era suficiente para atribuir una obra a un autor¹⁶⁴. La *Cour de Cassation* en este caso dio la razón al demandante, argumentando que la obra en conflicto no era “un Spoerri”, sin prestar atención a los razonamientos de los jueces de los tribunales inferiores que sostenían que el autor no es necesariamente aquel que ejecuta la obra sino el que la concibe¹⁶⁵. En esta obra, como tantas en arte contemporáneo, lo importante no es la ejecución personal sino la idea.

Uno de los casos más citados que trata la cuestión de si el autor es la persona que realiza o ejecuta la obra (el que plasma en un soporte tangible) o el que la concibe (el autor de la idea) se dirimió en 1971 en París. Uno de los alumnos de Renoir era Richard Guino, un escultor de origen catalán ejecutaba las obras del famoso pintor cuando al final de su vida decidió realizar algunas esculturas a pesar de que por su edad ya no tenía la capacidad física para ejecutarlas

¹⁶³http://www.danielspoerri.org/web_daniel/englisch_ds/home.htm, ultima consulta 28/2/20

¹⁶⁴La obra que se vendió en la casa de subastas era *Daniel Spoerri, Mon petit déjeuner, 1972. Tableaupiège: vaisselle et objets divers collés sur du bois.*

¹⁶⁵ICKOWICZ, J. *Le Droit après la dématérialisation de l'oeuvre d'art*. Les presses du réel, Dijon, 2013, pp.178 y ss. La corte de casación en este caso centra su argumento en la ley de contratos y no en la ley de propiedad intelectual. Curiosamente, esta obra que fue adquirida inicialmente por 5842€ (38325 francos franceses) fue vendida en 2006 por 27814€. Sentencia disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007048985> <https://lenversdudroit.wordpress.com/2016/04/28/laffaire-spoerri-artiste-incompris-ou-subjectivite-de-la-cour-de-cassation/>

con sus propias manos¹⁶⁶. Los herederos de los dos autores entraron en un litigio por el reconocimiento de la autoría de estas obras. La autoría, determinó el tribunal, era conjunta, a pesar de que Renoir no trabajó la materia él mismo, porque Renoir le había permitido dejar en sus esculturas su “huella personal”¹⁶⁷. La idea era de Renoir pero la “expresión de la idea” era obra de los dos autores.

En el caso de Spoerri es importante distinguir que el objeto del litigio era el *corpus mechanicum* de la obra, es decir, el objeto físico. La falta de ejecución material de la obra puede, en efecto, justificar la validez de su certificado de autenticidad. Pero la ausencia de ejecución personal nunca puede ser relevante en cuanto a la protección del derecho de autor. Spoerri, por lo tanto, mantendrá la titularidad los derechos exclusivos de propiedad intelectual de esta obra (*corpus mysticum*) a pesar de que el soporte físico de la obra (*el corpus mechanicum*) no sea considerado un auténtico Spoerri¹⁶⁸.

Otro caso de interés para definir los límites de la frontera que separa la idea de la expresión de la idea es el caso de las obras de Christo Vladimirov Javacheff, y Jeanne-Claude Marie Denat cuyas obras se conocen bajo el nombre artístico de Christo. Christo es conocido por sus intervenciones monumentales consistentes en envolver con enormes telas elementos arquitectónicos monumentales cambiando por completo su visión y percepción. Mientras que una obra artística no es protegible hasta que es exteriorizada en un soporte tangible o intangible, las obras o instalaciones artísticas de Christo han generado intensos debates incluso antes de ser realizadas. Este es el caso de su intervención en el Central Park de Nueva York. “The Gates” fue una instalación artística que la pareja empezó a concebir en 1979 pero

¹⁶⁶ Ortega Doménech, J. *Obra plástica y derechos de autor*. Editorial Reus, Colección de propiedad intelectual, 2000, p. 386.

¹⁶⁷Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 13 novembre 1973, 71-14.469 Sentencia disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006991012&dateTexte=> (ultima consulta 7/6/2020)

¹⁶⁸ Este caso recuerda al litigio que enfrentó al célebre artista mallorquin Miquel Barceló y al ceramista Jerònim Ginard, que reclamaba el reconocimiento de obras en colaboración de algunas de las piezas que habían elaborado conjuntamente. La sentencia remarcó que las obras en litigio llevaban “la impronta y personalidad artística (de Barceló)” al llevar “rasgos propios del universo de Barceló”, y que la aportación del ceramista “no tenían entidad bastante como para considerarle coautor”. Sentencia de la AP de Baleares de 22/1/2008, ECLI:ES:APIB:2008:106

que no vio la luz hasta 2005. En los cos caminos del Central Park se instalaron 7503 estructuras de acero de unos cinco metros de alto de las que se desplegaron telas color anaranjado. El debate sobre la idoneidad de crear esta obra se centró en el argumento de que cambiaría para siempre el *significado* del parque. Para Nueva York, alterar el aspecto y diseño del parque podría equivaler a una infracción del derecho moral de integridad de un parque es para la ciudad es concebido como una obra de arte¹⁶⁹. En este caso la intervención artística de Christo no fue más allá de un debate legal sobre las consecuencias cambiar el significado del parque a través del arte.

“The Gates” solo generó un debate sobre su impacto, pero otras intervenciones artísticas de Christo llegaron a los tribunales. La jurisdicción francesa fue la primera que tuvo que pronunciarse sobre la dificultad que algunas obras de arte pueden presentar en cuanto a la diferencia entre forma e idea ¹⁷⁰. El primer caso tuvo lugar a raíz de a la intervención de Christo en el *Pont Neuf* de Paris en 1985. Dos agencias de prensa utilizaron fotos y grabaciones del *Pont Neuf* sin la autorización del artista. La cuestión planteada fue si el embalaje de un puente, en tanto que espacio público, constituía una obra protegible por la Ley de Propiedad Intelectual o una simple idea. La Corte de Apelación de Paris, anulando la decisión del *Tribunal de Grande Instance* que rechazaba la protección de la obra, resolvió que el Pont Neuf empaquetado por Christo era una obra protegible por la Ley de Propiedad Intelectual porque **“La idea de resaltar la pureza de las líneas de un puente y sus farolas mediante una tela y unas cuerdas que resaltan su perfil ensalzando a la pureza de las líneas de este puente constituye una obra original”**¹⁷¹. A pesar de que el término “idea” no se distingue claramente en la redacción de la sentencia de su expresión porque parece indicar que la idea es una obra original, los hechos justifican esta decisión ya que en ellos se deja claro que es la **concretización de la idea** lo que recibió protección.

¹⁶⁹ TREIGER-BAR-AM, L.K. “Christo’s Gates and the meaning of art: lessons of the law”, *European Intellectual Property Review*, 2005, 389-390

¹⁷⁰ CABAY, J. “Ce sont les regardeurs qui font les tableaux» La forme d’une œuvre d’art conceptuel en droit d’auteur”, en Puttemans, A.; Demarsin, B. (ed), *Les aspects juridiques de l’art contemporain*, Larcier, Bruselas, 2013, p. 60

¹⁷¹ C.A. Paris, 13 mars 1986, Gaz. Pal. 1986,1, p. 238, D

Christo inició un nuevo proceso para denunciar una campaña publicitaria basada en fotografías en las que aparecían algunos elementos como árboles y puentes embalados imitando su estilo ¹⁷². El *Tribunal de Grande Instance* argumentó que la Ley de Propiedad Intelectual Francesa “solo protege las creaciones de objetos determinados, individualizables y perfectamente identificables, y no un género o una familia de formas que presentan entre ellas caracteres comunes”¹⁷³ Un concepto o idea sin una ejecución concreta no está protegida, pero los embalajes de *Christo*, sí. La concretización de la idea es lo que justifica la protección¹⁷⁴. La cuestión es que *Christo* no podía tener el monopolio de explotación de este tipo de embalaje. La forma, la obra individual, es protegible. Pero la idea, no. Un resultado absolutamente razonable y que podría funcionar como el supuesto de hecho perfecto para explicar la separación la idea de la separación de la idea. Sin embargo, como veremos a continuación, la misma obra, el *Wrapped Reichstag*, fue considerada en Alemania protegible por considerarse una obra original y no protegible por el *Copyright Office Board of Appeals* en Estados Unidos por no alcanzar el mínimo de *modicum of expression* de creación original.

Unos años más tarde, en 2002, el Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia de Alemania)¹⁷⁵ consideró que el Reichstag envuelto per *Christo* se beneficiaba de protección. La sentencia se basaba en la aplicación del Derecho de Panorama, que es el límite a los derechos de autor que permite la reproducción de las obras que están situadas en el espacio público, pero el tribunal tuvo que considerar en primer lugar si el embalaje del Reichstag se podía considerar una *obra protegible*, estableciendo lo siguiente: “*La realización del Proyecto <Embalaje del Reichstag> goza de la protección del Derecho de Autor, puesto que se trata de una obra original de creación individual la cual, en su concreto modelaje, revela de inmediato el grado de concepción artística requerido para garantizar el derecho de autor*”. ¹⁷⁵. La diferencia para los tribunales entre forma e idea parece clara, pero para algunos autores

¹⁷³Tribunal de Grande Instance de Paris, 26 mai 1987 (Dalloz 1988. sommaires commentés 201, obs. Colombet).

¹⁷⁴ TREPPOZ, E. “Le droit d’auteur; limite a la creation contemporaine?” Seminario en Paris el 8 de junio de 2006 L’art contemporani confronté au droit”. Actas disponibles en <https://artdroit.org/210-2/> (última visita 12/12/2020)

¹⁷⁵ Bundesgerichtshof 24 enero 2002, citada en ANGUIITA VILLANUEVA, L.A.; AYLLÓN, S. *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad Intelectual: Puentes, parques, perfumes, senderos y embalajes*, Reus, Colección de propiedad intelectual, Madrid, 2008. p. 92

como Julien Cabay o Eduard Treppoz “la obra, en tanto que obra, no es el Pont Neuf o el Reichstag empaquetado, sino el *hecho* de haber empaquetado el Pont Neuf o el Reichstag. En otros términos: la obra, para estos juristas, es el concepto”⁻¹⁷⁶. En la práctica, en artes visuales, y en concreto en el arte contemporáneo, no es siempre fácil diferenciar la forma de la idea.

3.1.4. Idea v. expresión de la idea en Estados Unidos

Copyright Act

Esta dicotomía idea/expresión de la idea es compartida también en la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, aunque esta máxima tan indiscutida en el campo teórico no está exenta de críticas cuando se entra en el plano de lo concreto para defender uno de los valores más sagrados con los que se identifica la sociedad americana: La libertad de expresión y la libre circulación de las ideas. La ley de copyright americana protege solo las expresiones específicas de las ideas. La ley de *copyright* norteamericana protege solo las *expresiones concretas* de las ideas. Des de 1976 (el año en que el Congreso de los Estados Unidos aprobó su más extensa revisión del *US Copyright Act* des de 1909) la dicotomía idea/expresión que se había desarrollado en la jurisprudencia durante más de un siglo pasó a formar parte del Estatuto Federal de manera explícita. El 17 US Code sección 102 (b) del *US Copyright Act* establece lo siguiente: “*En ningún caso la protección de derecho de autor de una obra original se extenderá a ninguna idea, procedimiento, sistema, método operacional, concepto, principio o descubrimiento, independientemente de la forma en que sea descrito, explicado, ilustrado o materializado en dicha obra*”¹⁷⁷.

En 1879 esta dicotomía (idea/expresión de la idea) se clarificaba claramente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una sentencia clave para la historia de los derechos de autor norteamericana: El caso *Baker v. Selden*¹⁷⁸. “*El fundamento de la ley federal de derecho de autor es que las expresiones de las ideas, no las ideas mismas, dan lugar a la*

¹⁷⁶ Ce sont les regardeurs qui font les tableaux» La forme d’une œuvre d’art conceptuel en droit d’auteur”, op. Cit., p 62 citando “Quelle(s) Protection(s) Juridiques pour l’Art Contemporain?”, op Cit., p. 95

¹⁷⁷Copyright Act of 1976 § 102, 17 U.S.C. (b) “*In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated or embodied in such work*”

¹⁷⁸Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879), Tribunal Supremo de los Estados Unidos

*protección de intereses*¹⁷⁹. En este caso, el tribunal estableció que el derecho de autor no excluía el derecho de terceros para crear hojas de cálculo basadas en el sistema de contabilidad que se describía en el libro del demandante, y que tan solo quedaba prohibido reproducir el texto publicado en su libro. Dos autores diferentes podrán elaborar la misma idea si esa idea se expresa de manera diferente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos se mantuvo inalterable respecto a esta cuestión en sentencias posteriores¹⁸⁰. Otra de las sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos más paradigmática que ilustran esta dicotomía y que por otro lado es también uno de los pilares en la jurisprudencia con respecto al concepto de la originalidad es *Feist Publications, Inc, v. Rural Telephone Services*, en la que el Tribunal decidió que la información contenida en una guía de teléfonos no era protegible porque los nombres, direcciones y teléfonos son hechos o ideas y que su compilación no cumplía los requisitos de originalidad que se atribuyen a las obras protegibles por derechos de autor¹⁸¹. La Juez Sandra Day O'Connor relatava esta dicotomía con claridad: *“Que no los hechos no pueden obtener la protección de los derechos de autor es un concepto claro. El axioma más importante de la ley de derechos de autor es que ningún autor puede obtener el derecho de propiedad sobre los hechos que este narra”*¹⁸².

Justamente esta sentencia, *Feist Publications* es uno de los precedentes citados para justificar el rechazo de la petición de registro en la Oficina de Copyright de la instalación artística “*Wrapped Reichstag*” de Christo como obra escultórica, que como hemos visto en la sección

¹⁷⁹Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879), p. 102.

¹⁸⁰Harper & Row Publishers, Inc, v. Nation Enters 471 Us. (1985), New York Times co. V. United States 403 U.S. 713, 726 (1971) Perter Pan Fabrics, Inc v Martin Weiner Corpt 271 .2d (2d circ 1960).

¹⁸¹ Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991) es también un caso muy conocido por rechazar la doctrina del “sweat of the brow”: El mero esfuerzo de recolectar información no es protegible por el copyright si no implica un mínimo de expresión creativa.

¹⁸²Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Services Co. Inc (499) U.S. 340 (1991) 344-345 *That there can be no valid copyright in facts is generally understood. The most fundamental axiom of copyright law is that “no author may copyright his ideas or the facts he narrates*

anterior sí pudo obtener protección en los tribunales alemanes¹⁸³. El *Copyright Office Board of Appeals* analiza en un interesantísimo dictamen de apelación si esta obra artística contenía los elementos necesarios para poder ser considerada obra protegible por el 17.U.S Code sección 102 (a), que determina que *“La protección del Copyright subsiste (...) en obras originales de autoría fijados en cualquier medio de expresión (...) que puede ser percibido, reproducido o comunicado, directamente o con la ayuda de una máquina o instrumento”*¹⁸⁴.

Los argumentos de los apelantes se fundamentaban en la afirmación contenida en *Feist*, según la cual *“el límite del nivel de creatividad exigido para justificar el registro del copyright es extremadamente bajo”*¹⁸⁵. El *Board of Appeals* argumenta que, aunque los requisitos sean mínimos, algún límite tiene que haber, y argumenta el rechazo de la protección en que las técnicas, métodos o procesos no son protegibles por el derecho de autor. *“Aunque esta Oficina (de Copyright) no sostiene que la idea de envolver el Reichstag y su expresión se funden (el llamado “merger doctrine”) destacamos que cuando una sola o pocas maneras de expresar una idea son posibles, los tribunales han rechazado conferir la protección de la idea en esa expresión”*. La conclusión es muy clarificadora: *“Obras estéticamente placenteras y artísticamente interesantes pueden no ser registradas si les falta el suficiente <modicum of expression> de creación original”*.

Pero la distinción entre idea y expresión de la idea está lejos de ser pacífica, también entre la doctrina norteamericana. Richard H. Jones argumenta en su artículo *“The Myth of The Idea/Expression, Dichotomy in Copyright Law”* que la distinción entre idea y expresión no es determinante para decidir qué obras serán protegibles por la Ley de Propiedad Intelectual porque *“no existe una idea sin expresión ni una expresión sin idea”*. *“Idea”* y *“expresión”* son simplemente etiquetas aplicadas a las conclusiones después de que los tribunales hayan aplicado las expresiones de cada caso. Según este autor, las cuestiones importantes son las relacionadas con la originalidad y la creatividad.¹⁸⁶

¹⁸³ BGH (Alemania) 24 enero 2002

¹⁸⁴ *Wrapped Reichstag*, Berlin, 1971-1995 Control No. 60-504-9973 Decision of Appeals Board, U.S. Copyright Office, October 1, 1997.

¹⁸⁵ *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.* 499 US 340 (1991)

¹⁸⁶ JONES; R H. *“The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law”*. *Pace Law Review*, Vol 10, Issue 3 Summer 1990

En efecto, esta distinción que en el plano teórico parece tan claro y diáfano en la teoría, es muchas veces imposible de establecer en el sector del arte contemporáneo. Así lo expresaba el juez Hand en una de sus célebres sentencias: *“The test for infringement is of necessity vague..No principle can be stated as to when an imitator has gone beyond copying the “idea” and has borrowed its “expression. Decisions must therefore be inevitable ad hoc”*¹⁸⁷ En arte conceptual, simplemente no es verdad que las ideas puedan tomar una forma determinada para poder garantizar su protección. Los “conceptos” están explícitamente excluidos de la protección de copyright en la sección 102(b) del Copyright Act.

Aunque la jurisprudencia sobre propiedad intelectual intenta mantenerse al margen de la definición del arte para concentrarse en estudiar si la obra objeto de la controversia puede ser considerada obra, lo cierto es que las interpretaciones subjetivas de los jueces de lo que es “arte”, y por lo tanto debería ser considerado “obra” transluce en más de una sentencia.

En realidad, no es que las ideas no puedan protegerse legalmente; es que su protección no se ejerce a través de la ley de copyright. La protección de las ideas es, de hecho, un área de la ley en auge: *Trade Secret Law*, competencia desleal, obligaciones contractuales precisamente por la falta de protección que encuentran las ideas bajo la Ley de Propiedad Intelectual que es un recurso importante para la industria cultural que basa su modelo de negocio en la explotación de los derechos de autor pero que es de poca utilidad para la cultura

Fijación.

Además de la separación entre idea y expresión de la idea, la sección 102(a) del *US Copyright Act* de 1976 señala que el objeto del derecho de autor es *“la obra original fijada en cualquier medio de expresión tangible conocido actualmente o que sea desarrollado en el futuro, que pueda ser percibido, reproducido o comunicado de alguna otra forma con la ayuda de cualquier máquina o aparato”*¹⁸⁸. El *Copyright Act* define una obra como *“fijada en un medio*

¹⁸⁷Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp. United States Court of Appeals Second Circuit. Jan. 27, 1960. 274 F.2d 487, 124 USPQ 154.

¹⁸⁸Copyright Act of 1976 § 102, 17 U.S.C. *“102 Subject matter of copyright: In general: (a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device”.*

tangible” cuando su materialización en una copia, por, o bajo la autoridad de su autor, es suficientemente permanente o estable para permitir ser reproducida, o comunicada por un plazo que no tenga una de duración transitoria”¹⁸⁹.

El *US Copyright Act* no presenta ningún problema para las obras de arte que están fijadas en algún tipo de formato tradicional (pintura sobre cualquier tipo de soporte, escultura, obra gráfica, fotografía, audiovisual, etc.). El requisito de la fijación sí supone un problema en el caso de las performances y las obras efímeras que no se graban, fotografían o que no se “fijan” en ningún medio. Las actuaciones en vivo (y por lo tanto entre ellas las *performances* artísticas) no estarán protegidas por los derechos de autor si no están fijadas en un soporte que permita su reproducción¹⁹⁰. A pesar de haber relativamente poca jurisprudencia sobre el asunto, la problemática de las obras de artes escénicas que no han sido fijadas ha sido ampliamente cuestionada¹⁹¹.

Las obras de arte conceptual todavía tienen una protección más frágil que las performances: Mientras que las performances pueden ser protegidas si no son anotadas o registradas “de un modo suficientemente estables para ser percibidas”, en el caso del arte conceptual en el que las “obras” cambian o se deterioran el requisito de la fijación resulta en muchos casos en la imposibilidad de su protección.¹⁹²

¹⁸⁹“(a) work is “fixed in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phono record, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced or otherwise communicated for a period of more than transitory duration” 17 U.S.C. §101. <https://www.copyright.gov/circs/circ01.pdf>

¹⁹⁰“Copyright does not protect Works that are not fixed (...) in a tangible form (such as a choreographic work that has not been notated or recorded or an improvisational speech that has not been written down”. Circular 1 “Copyright Basics”, Library of Congress, p. 2 (disponible en <https://www.copyright.gov/circs/>, ultima consulta 9/3/2020)

¹⁹¹ DONAT, G. S., “Fixing Fixation: A Copyright with Teeth for Improvisational Performers” *Columbia Law Review*, Vol.97 June 1997 pp1363 -1405; RYAN GALLIA, C., “To Fix, or Not to Fix: Copyright’s Fixation Requirement and the Rights of Theatrical Collaborators”, *Minnesota Law Review*, Vol. 92, No. 1, 2007.

¹⁹² En el caso de las obras de improvisación de las artes escénicas que se registran o fotografían para cumplir el requisito de fijación el objeto de protección no es la obra (la improvisación) sino su grabación. Un programa de radio, por ejemplo, no es el objeto de protección, lo es su grabación.

En 2011 una sentencia del Tribunal Federal de Chicago (Séptimo Circuito) negaba la protección de la Ley de Propiedad Intelectual a la obra “Wild Flower Works” de Chapman Kelley, (San Antonio, Tejas, 1932) una instalación floral de grandes dimensiones creada en 1984 que contenía varios tipos de flores autóctonas de la zona organizadas según su forma y color y recogidas en un perímetro metálico de forma elíptica¹⁹³. Chapman Kelley es un artista conocido por sus obras pictóricas que representan paisajes y flores dispuestos en formas elípticas¹⁹⁴. Un grupo de voluntarios siguiendo las indicaciones del artista se encargaban de mantener las flores y la forma original de la instalación hasta que en 2004 el departamento de Parques y Jardines de la ciudad de Chicago decidió modificar “la obra”, reduciendo sus medidas y reconvirtiendo su singular perímetro oval en formas rectangulares. El artista denunció al departamento de Parques y Jardines de la Ciudad de Chicago alegando una infracción del VARA ACT (*Visual Artists Rights Act*), la ley federal de los Estados Unidos que garantiza ciertos derechos morales a los artistas visuales¹⁹⁵.

¹⁹³Kelley v. Chi. Park Dist., 635 F.3d 290, 304, 306 (7th Cir. 2011).

¹⁹⁴La obra pictórica de Chapman Kelley está presente en un gran número de colecciones como la DeKooning y Hirshorn además de en varios celebres museos. Su obra “Wildflower Works” ha sido analizada y comentada en varios seminarios en universidades como Harvard, Yale o el *Museum of Fine Arts* de Boston

¹⁹⁵El VARA ACT 17 U.S.C. § 106A, 1990 (VARA), A diferencia de los Estados Europeos, el VARA ACT permite a los artistas renunciar a estos derechos por contrato. El Congreso de los Estados Unidos adoptó esta ley para poder adherirse al convenio de Berna, que exige a los países signatarios el reconocimiento de por lo menos el derecho de integridad y de autoría.



Titulo: "Wild flowers"
 Autor: Chapman Kelley,
 Fecha: (1984 - 2004)
 Técnica: instalación floral

https://www.chapmankelley.com/Artist.asp?ArtistID=9918&AKey=JLBDK6W2&ajx=1#!Group1_Pf18115

La cuestión que aquí nos concierne y que se debatió en el tribunal fue si la obra contenía las características necesarias para ser protegida por la Ley de Copyright norteamericana y por lo tanto beneficiarse de las protecciones garantizadas por el VARA ACT. El tribunal denegó la protección basando su razonamiento en que la obra no tenía un autor (el autor de las flores eran las semillas, no Kelley), y en que el requisito de "fijación" necesario para obtener protección no estaba presente en la obra, ya que las flores son "inherentemente cambiables"¹⁹⁶. Yendo un paso más allá, la sentencia llega a afirmar que "en la ley tiene que haber límites, no todo el arte conceptual puede obtener la protección del *copyright*"¹⁹⁷. La

¹⁹⁶El tribunal lo define con las palabras "Inherently changeable" Kelley v. Chi.Park Dist. 635 F.3d 290, 304,306 (7th Circ. 2011) // <http://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/1388/10wjta017.pdf?sequence=4>

¹⁹⁷Kelley v. Chi.Park Dist. 635 F.3d 290, 304

cuestión clave en este caso es que el tribunal consideró que el resultado del trabajo del autor cambiaba de forma demasiado impredecible y por lo tanto el resultado de la obra estaba fuera de control del autor. En la sentencia se hace referencia a que Kelley compara la naturaleza cambiante de *Wildflower Works* con la escultura de Jaume Plensa *Crown Fountain*, una escultura pública que se encuentra en el *Chicago's Millennium Park* que reproduce la imagen de mil habitantes de Chicago, pero el tribunal no acepta la analogía, ya que el *Copyright Act* específicamente contempla obras que incorporan o consisten en sonidos o imágenes, como videojuegos y demás¹⁹⁸.

La misma cuestión sobre el nivel de impredecibilidad que se permite a las obras para que cumplan el requisito de "fijación" se dio en 1982 en *Williams v. Artic International*¹⁹⁹. En *Williams* un creador de videojuegos denunció a otra compañía por crear un videojuego idéntico al suyo, y la cuestión de si el videojuego original era "suficientemente permanente o estable" se resolvió a favor del denunciante, ya que las imágenes creadas por el jugador estaban basadas en las creadas por el diseñador del videojuego original y la fijación se consideró permanente por la repetición de las imágenes. Además, el tribunal también rechazó el argumento de que el jugador de videojuegos se convierte en un co-creador al cambiar la presentación audiovisual cada vez que se lleva a cabo el juego²⁰⁰. En otro caso relativo a la infracción de copyright de un videojuego que tuvo lugar dos años más tarde en el que estaba en cuestión si el juego (la interfaz) copiado cumplía con el requisito de fijación, el tribunal consideró que las placas con los circuitos eléctricos del videojuego eran suficientes para cumplir el requisito de la fijación y por lo tanto el juego podía ser protegido bajo la ley de copyright²⁰¹.

La diferencia entre Kelley y estos dos casos relativos a videojuegos sobre la fijación "suficientemente permanente o estable" no es clara y parece más relacionada con el medio en el que se expresa la obra (una obra multimedia, concretamente un videojuego, en

¹⁹⁸ Kelley v. Chi.Park Dist. 635 F.3d 290, 304 (p.34)

¹⁹⁹ Williams v. Artic International, 685 F.2d 870 (3d Cir.1982),

²⁰⁰Williams v. Artic International, 685 F.2d 870 (3d Cir.1982), 874

²⁰¹ M.Kramer Mfg Co v. Andrews, 783 F.2d 421,432-33 (4th Cir) 1986, 441

contraste con el *land art*, un formato de obra artística con el que el público en general está poco familiarizado). No pasa desapercibido que los videojuegos y demás obras multimedia basan su modelo en la explotación y la aplicación de los derechos de autor, mientras que la utilidad del reconocimiento de una obra de *land art* como obra protegida no parece tener un impacto muy importante en su modelo de negocio. De la misma manera que en *M. Kramer Mfg Co v. Andrews* se consideró que las placas de los circuitos eran suficientes para cumplir con el requisito de fijación (ver nota 88) los tribunales parecen estar mucho más dispuestos a encontrar el encaje de la normativa a los hechos para conceder protección a una industria que basa su modelo de negocio en la protección de la Ley de Propiedad Intelectual que al arte contemporáneo.

Si *Williams* consideró que un videojuego cumplía con el requisito de fijación, a pesar de ser cambiante, la condición de “inherentemente cambiante” que llevó al tribunal a rechazar el requisito de fijación en *Kelley* parece ser contradictoria con el precedente de *Williams*²⁰². No solo eso: *Kelley* parece ser contradictoria con la misión del derecho de autor, que es promover el progreso e incentivar la creación de obras nuevas e innovadoras, sin emitir un juicio sobre el valor artístico de estas obras.

Pero no solo el arte contemporáneo queda fuera de la Protección de la Propiedad Intelectual: La sentencia de *Kelley* sirvió también de precedente para denegar protección a una fotografía de un bol de sopa vietnamita, con el razonamiento de que otorgar semejante copyright otorgaría al denunciante un monopolio sobre las fotografías de sopas “igual que en un jardín, que es “inherentemente cambiante”, un bol de comida será también perecedero(...) y no se puede considerar “fijado” en los términos de la sección 101²⁰³. A parte de la discusión sobre la aplicación errónea del concepto de “fijación” de las dos sentencias que ha sido ampliamente comentado ²⁰⁴, es interesante poner de relevancia el razonamiento que hace

²⁰² Zahr K. Said, por ejemplo, en su artículo "Copyright Illogical Exclusion of Conceptual Art", *Columbia Journal of Law & The Arts*, Vol. 39, 2016, ofrece una taxonomía de diferentes tipos de arte conceptual que podría ser “inherentemente cambiante” según Kelley y que sin embargo deberían obtener protección por La Ley de Copyright, cuestionando la validez de *Kelley* para otros casos de arte conceptual y alegando en su conclusión que “la errónea concepción del requisito de fijación de Kelley “inherentemente cambiante” es demasiado amplio”(p. 353)

²⁰³Kim Seng Company v J A Importers, 810 F. Supp.2d 1046 (C.D. Cal. 2011).

²⁰⁴ SAID, Zahr K, "Copyright Illogical Exclusion of Conceptual Art", *Columbia Journal of Law & The Arts*, Vol 39, 2016 p343

referencia a la concesión del monopolio de una foto de sopa vietnamita. Es obvio que conceder el monopolio de una sopa vietnamita y de sus obras derivadas a un solo titular sería contraproducente para el libre mercado. Pero parece haberse olvidado que el objetivo de la Ley de Propiedad Intelectual no era proteger fotografías de sopas, sino “*promover el progreso de la Ciencia y de las Artes útiles, asegurando por un tiempo limitado a los autores e inventores el derecho limitado a sus escritos y descubrimientos*”, tal como promulga la Constitución Norteamericana en su “copyright clause” artículo 1, cláusula 8.

La expresión de las ideas según la doctrina norteamericana no se protegerá en el caso en que una idea tenga solo una y no varias modalidades de expresión. En este caso nos encontramos delante del “merger doctrine”, al que se refería el Board of Appeals de la Oficina de Copyright que hemos citado en el caso del rechazo de la inscripción del Reichstag que tiene sus fundamentos en el ya mencionado caso *Baker v. Selden*: Si solo existe un número limitado de maneras de expresar una idea, los tribunales deben considerar que la idea y su expresión han convergido en una sola cosa y por lo tanto deben rechazar la protección a dicha expresión para evitar conferir a un solo autor el monopolio de una idea²⁰⁵.

Esta doctrina que encaja bien en otras disciplinas presenta el problema, por lo menos en el plano teórico, de la posible protección de obras de arte realizadas por artistas distintos llegan a la misma conclusión estética: Es el caso, por ejemplo, de los cuadros monocromos, en los que los artistas exploran las posibilidades expresivas de un solo color. Los lienzos pintados en un solo color se repiten a lo largo de la historia de la pintura. Des del Supremacismo al Constructivismo, con nombres como Kazimir Malevich (Kiev, Ucrania, 1879, Leningrado, URSS -1935) que pintó su famoso *Blanco sobre blanco* en 1918 o Alexander Rodchenko (St Petersburg, Rusia, 1891-Moscu, Rusia, 1891) con su serie de tres pinturas momócromas de los tres colores primarios (rojo, azul, amarillo) en 1921, hasta los expresionistas abstractos

²⁰⁵Una de las sentencias que dio lugar al “merger doctrine” es *Baker v. Selden*, uno de los casos seminales de derecho de autor del siglo XIX que todavía se citan en las sentencias actuales. Esta sentencia resultó en la codificación de la sección 102 (b) que expresa que la protección del copyright no se puede extender a ninguna idea, principio o descubrimiento. En SAMUELSON, P. *A Turning Point in Copyright: Baker v. Selden and Its Legacy*, UC Berkeley, Papers Presented in the Center for the Study of Law and Society Bag Lunch Speaker Series, 13 september 2013, disponible en <https://escholarship.org/uc/item/7qp3n8d1#main> (ultima visita 13/09/2020)

como Ad Reinhardt (Buffalo, Nueva York 1913-Nueva York 1967) que pintó cuadros monocromos -algunos insinuando formas geométricas, otras completamente monocromas en las décadas de los 50 y 60 como "ultimate Painting.6"(1960); o minimalistas como Ellsworth Kelly (Newburgh, Nueva York, 1923- Nueva York 2015).

El resultado de muchas de estas manifestaciones artísticas es tan parecido que podría considerarse que, debido a la limitación de maneras de expresar la idea o el concepto de las expresiones pictóricas monocromas, los tribunales deberían considerar que la idea y su expresión han convergido en una sola cosa y denegar por tanto la protección de la Ley de Propiedad Intelectual a estas manifestaciones artísticas.

Sin embargo, cualquier búsqueda en internet de las obras monocromas de estos artistas en el caso que no hayan pasado al dominio público, se muestran con sus correspondientes reservas de derechos.

Cualquiera que sea su articulación legal, conferir el monopolio de un color a una sola persona física o jurídica es claramente contrario al espíritu de la propiedad intelectual y a cualquier legislación cuyo objetivo sea la promoción del conocimiento y la cultura. Pero no hay que confundir la propiedad de un color con poder ejercer los derechos exclusivos de una pintura monocroma esté hecha con el color que sea.

3.2. El concepto jurídico de la originalidad y su encaje con el arte contemporáneo

Además del requisito de la expresión de las ideas en una forma tangible o intangible, para ser objeto de la Ley de Propiedad Intelectual las obras de arte contemporáneo tienen que cumplir el requisito de la **originalidad**. La originalidad es un requisito presente en todas las jurisdicciones para garantizar la protección como *obra* a cualquier creación que pretenda convertirse en obra objeto de la Ley de Propiedad Intelectual, pero el nivel de exigencia para determinar si existe una *obra original* difiere considerablemente según la jurisdicción en la que nos encontremos y de los tratados internacionales o comunitarios que las legislaciones nacionales tengan que cumplir²⁰⁶. El nivel o exigencia de creatividad necesaria para que una

²⁰⁶El nivel de originalidad exigido también cambia en las tradiciones legislativas para diferentes tipos de obra, pero aquí nos fijaremos especialmente en los requisitos que afectan a las artes visuales. Como veremos más

obra merezca la consideración de obra original es también diferente según las jurisdicciones, y también la concepción de originalidad, que puede ser entendida de manera subjetiva u objetiva.

Tal como indica la doctrina, *“La originalidad es un concepto vago, abstracto e impreciso, carente de formulación legal, en el que concurren todas las ventajas e inconvenientes de los conceptos jurídicos indeterminados”*²⁰⁷.

La concepción de originalidad subjetiva es aquella que se da cuando una *obra* no ha sido copiada de una creación ajena y es el reflejo o la plasmación de la subjetividad del autor. mientras que el requisito de originalidad objetiva implica que se crea algo nuevo, es decir, se plantea cuando hay novedad y la obra se puede diferenciar de creaciones preexistentes²⁰⁸. La compleja casuística del requisito de la originalidad merece ser analizada con detenimiento, pero en las siguientes líneas nos centraremos a analizar aquellos aspectos que pueden afectar a las obras de arte contemporáneo.

La jurisprudencia ha jugado también un papel crucial intentando delimitar el alcance de la originalidad. Al mismo tiempo, en algunos tipos de obras protegidas por derechos afines a los derechos de autor la originalidad ni siquiera es un requisito presente para que una obra sea protegida por la propiedad intelectual. El concepto de originalidad exigido para definir la frontera de lo que constituye el concepto *obra* protegida por el derecho de auto no es igual para todo tipo de *obras* protegidas por el derecho de autor: La originalidad se ha ido adaptando a las necesidades de las diferentes categorías de *obra* para definir su ámbito de aplicación material del derecho de autor. La originalidad es uno de los conceptos clave en la definición de *obra*, y uno de los más controvertidos.

Veamos a continuación como se aplica el requisito de la originalidad en las artes visuales.

adelante es importante *destacar que el legislador ha sido capaz de crear algunos tipos de “originalidad ad hoc”, como el caso de los programas de ordenador las bases de datos y las “meras fotografías”*.

²⁰⁷ BONDIA ROMAN, F. “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, *Anuario de Derecho Civil* vol. 59 n.3 2006, p. 1070.

²⁰⁸ *Manual de Propiedad Intelectual*, Op. Cit. p. 53 y *Las obras del espíritu y su originalidad*, op. Cit., p. 33

3.2.1 Originalidad en Tratados Internacionales

La originalidad aparece ya en el convenio de Berna y en otros instrumentos de derecho internacional como uno de los fundamentos del derecho de autor, pero su alcance no está definido en la normativa internacional. El convenio de Berna (1886) establece los requisitos mínimos exigidos para la protección de derechos de autor, pero incluye muy poca información acerca del alcance del concepto de la originalidad, solo que el titular de una obra mantiene los derechos sobre su "obra original". El tratado de la OMPI de 1996 da un poco más de información y se ocupa específicamente del término originalidad y se refiere al término originalidad cuando se refiere al objeto original como objeto tangible y las copias que se pueden poner en circulación. La definición substantiva del concepto de originalidad es, pues, competencia de cada jurisdicción, y en el caso de algún tipo de obras en particular, también de las directivas, como veremos a continuación.

3.2.2 Originalidad en el Derecho de la Unión Europea

La cuestión de la originalidad en el derecho de la Unión Europea es compleja. El concepto de obra en general es un concepto autónomo del Derecho de la Unión²⁰⁹. No existe una definición en los tratados europeos del concepto de obra. Por original, la ley francesa entiende las obras del espíritu, la alemana las creaciones personales y la italiana las obras e ingenio de carácter creativo.

Pero sin embargo si se han desarrollado algunas definiciones sectoriales en los casos específicos de los programas de ordenador, las bases de datos y las meras fotografías, que no son aplicables al caso del arte contemporáneo

Obra y originalidad, apunta Pilar Cámara, son dos conceptos autónomos que no siempre han sido debidamente separados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²¹⁰.

²⁰⁹ Así lo recalca el Abogado General Maciej Szpunar en sus conclusiones del caso Cofemel "En la medida en que la Directiva 2001/29 no define el concepto de «obra» y no contiene ninguna remisión al Derecho de los Estados miembros para darle una definición, se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión" (2 de mayo de 2019, Asunto C-683/17 Cofemel — Sociedade de Vestuário, S.A. contra G-Star Raw CV), pfo 25.

²¹⁰ CAMARA ÁGUILA, P., "Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad", en *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea* op. cit., p.47

Ninguna disposición de la Directiva 2001/29 (relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información) define el concepto de *obra*. El artículo 2, letra a), de esta directiva se limita a conceder a los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir toda reproducción de sus obras, a pesar de que dispone que los estados miembros establecerán un conjunto de derechos exclusivos referidos a las “obras” y establece en su artículo 5 una serie de limitaciones y excepciones a estos derechos. Esta directiva tampoco no contiene ninguna indicación sobre el nivel ni la condición de originalidad.

Más allá de los programas, bases de datos y fotografías, el concepto de originalidad no está armonizado en la Unión Europea respecto a otros tipos de obras. Hay que recurrir necesariamente al TJUE para establecer el ámbito de la definición del concepto de obra en diferentes circunstancias.

Son muchas las sentencias del TJUE que han tratado el tema de la originalidad, pero las que siguen a continuación son las que más trascendencia pueden tener respecto a la consideración de obra del arte contemporáneo.

Una de las sentencias más comentadas por la doctrina es *Infopaq International*²¹¹. En este caso la obra en litigio eran unas reproducciones de unos fragmentos de obras literarias (11 palabras en total) extraídas de unos artículos de periódicos por parte de un agregador de noticias. El TJUE decidió que para que una creación pudiera calificarse de *obra* en el sentido del artículo 2(a) de la Directiva 2001/29, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 este debía constituir una “creación intelectual propia de su autor”. Los fragmentos de la *obra* podían ser protegidos por derecho de autor igual que la propia obra, porque a pesar de ser fragmentos, si compartían la originalidad de la obra al ser expresiones de la creación intelectual propia de su autor. La sentencia lo justifica de la siguiente forma: *“no puede descartarse que determinadas frases sueltas, o incluso algún elemento de las frases que integran el texto de que se trate, puedan transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación, como un artículo de prensa, haciéndolo partícipe de un elemento*

²¹¹ TJUE 16/7/2009, C-5/08, EU:C:2009:465

*que condensa la expresión de la creación intelectual única del autor*²¹². En esta sentencia se entiende a originalidad de manera subjetiva. Está por ver si obras como “Pure Beauty” de John Baldesari, que contiene dos palabras impresas en el lienzo “Pure Beauty” y que analizaremos en el punto 4.1, podrían alegar que son originales por condensar en tan solo dos palabras *“si el citado extracto contiene algún elemento capaz de expresar la creación intelectual propia del autor”*²¹³ *Infopaq* no indica un umbral de protección cuantitativo sino cualitativo.

Otro caso de obligada referencia es *Painer* (1/12/2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798)²¹⁴

En el caso *Painer*, en 2011, fallado dos años más tarde que *Infopaq*, se discutía el estándar de originalidad requerido para que un retrato fotográfico (una fotografía realista) fuera considerado una *obra*. En este caso un retrato de una menor que fue realizado por una fotógrafa freelance fue reproducido sin el permiso de la autora en algunos periódicos que daban cuenta de la noticia de su desaparición. El Tribunal de Justicia consideró que tal como se establece en el considerando 17 de la Directiva 93/98 “una creación intelectual es propia de su autor cuando refleja su personalidad”²¹⁵. *Así sucede cuando el autor ha podido expresar su capacidad creativa, al realizar la obra, tomando decisiones libres y creativas.*²¹⁶ *La clave es la capacidad del autor de elegir*²¹⁷.

En *Painer* el Tribunal de Justicia Europeo indica también que la originalidad no se mide cuantitativamente sino cualitativamente. En este caso, al utilizar ese margen de libertad, el autor podrá dejar su “impronta personal”, en la obra creada creando una “una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y se manifieste por las decisiones libres y

²¹² TJUE 16/7/2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, (pfo. 47)

²¹³ TJUE 16/7/2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, (pfo. 48)

²¹⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0145>

²¹⁵ 1/12/2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 Párrafo 88, aunque la Directiva del 93 fue derogada el 2007 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31993L0098>

²¹⁶ 1/12/2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 Párrafo 88,

²¹⁷ 1/12/2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 Párrafo 91. *En la fase preparatoria, el autor podrá elegir la escenificación, la pose de la persona que se va a fotografiar o la iluminación. Al hacer el retrato fotográfico, podrá seleccionar el encuadramiento, el enfoque o incluso el ambiente creado. Por último, al obtener copias, el autor podrá elegir, de entre las diversas técnicas de revelado que existen, la que desee utilizar, y podrá recurrir eventualmente a programas informáticos*

creativas (del autor)”²¹⁸. Y, añade la sentencia, cuando un retrato es considerado obra, su régimen jurídico es el mismo a las demás obras²¹⁹.

Infopaq y *Painer* parecen indicar que el grado de originalidad exigido para alcanzar la protección de *obra* es subjetivo y más bien bajo. En las pocas definiciones de originalidad que encontramos en la normativa se habla de “la impronta de la personalidad” (El ya mencionado Cdo 16 de la Directiva 2006/116/CE, en referencia a las fotografías, requiere una “*creación intelectual del autor que refleja su personalidad*”). La originalidad no se medirá, entonces, por valoraciones estéticas o de mérito artístico, sino que se dará cuando el creador haya tenido la libertad suficiente para tomar decisiones relevantes.

¿Cuándo, entonces, una obra no será original? ¿Dónde está el umbral para el resto de obras cuyas exigencias sobre originalidad no han sido especificadas en las directivas?

En *Cofemel*, un caso de 2019, el TJUE clarificó que de originalidad solo hay una “un modelo no puede protegerse como obra por el hecho de producir un *efecto visual propio* y considerable desde el punto de vista estético” y que los requisitos aplicables para que una obra obtenga protección por el derecho de autor es aplicable, de forma general, a todas las obras²²⁰. El caso *Cofemel* se originó cuando *G-Star*, una empresa dedicada al diseño de prendas de moda, denunció a *Cofemel* por una infracción de derechos de autor sobre varios de sus pantalones y sudaderas. La cuestión relevante en este litigio era si estas prendas de vestir podían considerarse *obras* según la ley de propiedad intelectual. En el caso de España, existen algunas sentencias nacionales anteriores a *Cofemel* en las que se reclama la exigencia de una “altura creativa” a unas sillas y taburetes para poder beneficiarse de la protección de la propiedad intelectual.²²¹ ¿Cómo medir esta altura creativa?

²¹⁸1/12/2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 Párrafo 99,

²¹⁹1/12/2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 Párrafo 87,

²²⁰ (STJUE *Cofemel*, C-683/17). La cuestión inicial que planteó el tribunal portugués era si el grado de originalidad exigible para los modelos de utilidad era el mismo para las demás obras o si se podía exigir un “plus” para así marcar diferencias entre el diseño/obra y el mero diseño.

²²¹ Sentencia CIVIL Nº 764/2019, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, Rec 1402/2018 de 26 de Abril de 2019 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/1c95c758fa12accb/20190514> .(párrafo 38) “*compartimos las conclusiones a las que ha llegado la resolución recurrida respecto de la necesidad de reconocer a cada uno de los diseños invocados en la demanda una especial altura creativa que los hace acreedores de la protección que establece la legislación sobre propiedad intelectual a los autores*”.

“Aunque el umbral de originalidad adoptado en derecho de autor no suele ser muy elevado, tampoco es inexistente”, escribe en sus conclusiones el Abogado General en el Caso *Cofemel*²²². Es decir: Si la misma idea, puede dar lugar a dos plasmaciones distintas que reflejen la personalidad de cada uno de los autores, las obras resultantes obtendrán protección por el diseño de autor.

El umbral de protección de *Infopaq* y *Painer* apuntan hacia una concepción subjetiva del concepto de la originalidad (“*creación intelectual propia del autor*” e “*impronta personal*”, que deberemos buscar siempre en la *forma*, y que serán difíciles de justificar en obras como *Erased de Kooning*, de Robert Rauschenberg, que recordemos, es un dibujo borrado sobre papel (1953).

El concepto de originalidad fijado por el TJUE “*constituye [...] el requisito máximo que los Estados miembros pueden imponer para beneficiarse de la protección por el Derecho de autor*” independientemente del nivel de creación artística del objeto en cuestión ²²³. ¿Cuál es el nivel de originalidad que exigirán los diferentes Estados a las obras de arte conceptual para ser consideradas obras según la Ley de Propiedad Intelectual?

3.2.2.1. Los ajustes a la noción de originalidad según la categoría de obra

En el ámbito del derecho de la Unión Europea, algunas Directivas si establecen nociones de originalidad específicas para algunas categorías concretas de *obra*. Algunos tipos de obras han sido armonizados: En concreto, las Directivas se han pronunciado sobre los requisitos en la originalidad de tres categorías de *obra*: los programas de ordenador, las bases de datos y las fotografías.

Para los programas de ordenador y las bases de datos el requisito de originalidad exige solo que la creación sea una “*creación intelectual propia de su autor*” (art. 1.3 Directiva 2009/24/CE sobre programas de ordenador). La Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (derogada por la Directiva 2009/24) ya asumió un concepto subjetivo de la originalidad de los programas de ordenador que ha quedado traspuesto en las legislaciones europeas, entre ellas la española,

²²² Conclusiones Abogado General Maciej Szpunar caso Cofemel pfo 56

²²³ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERALSR. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 2 de mayo de 2019, par. 31

que en su artículo 96.2 apunta “*El programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una **creación intelectual propia de su autor***”. En este caso el legislador europeo renunció ya en 1989 a introducir una definición de programa de ordenador que pudiera quedarse obsoleta ya que “toda definición del programa incluida en la directiva devendría necesariamente obsoleta a medida que la tecnología futura modificase la naturaleza de los programas hoy conocidos”²²⁴. Es interesante esta manifestación explícita del legislador comunitario sobre la imposibilidad de definir este objeto del derecho (los programas de ordenador), posición inexistente en nuestro caso de estudio, el de la “obra artística”.

Los programas de ordenador, a pesar de tener una naturaleza de adelanto tecnológico más cercana a una obra científica -y por lo tanto susceptible de ser protegida también por la propiedad industrial o las patentes-, constituyen una forma de creación asimilada a la creación literaria y reciben su protección a través del derecho de autor o *copyright*. Pero lo realmente interesante respecto al tema que nos ocupa es el requisito “a medida” de la originalidad que se ha desarrollado para los programas de ordenador. El requisito de originalidad puede ser entendido como originalidad subjetiva, o requisito de no haber copiado de una obra ajena, u originalidad objetiva, o requisito de haber creado algo nuevo, no existente previamente²²⁵. La originalidad subjetiva se fundamenta en la concepción de la obra como un “reflejo de la personalidad” del autor, tal como corresponde a la concepción decimonónica de las artes clásicas: literatura, música, pintura, escultura. La creciente imposibilidad de detectar ningún rastro de la “personalidad del autor” en las tendencias de la creación contemporánea y las facilidades de acceso que propician los medios digitales de comunicación han alterado la tradicional preferencia por la originalidad subjetiva y actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia prioriza la tesis objetiva de la originalidad, por su mayor claridad y exactitud²²⁶. Sin embargo, los programas de ordenador, donde claramente no hay espacio para la “expresión de la personalidad”, se escapan de este

²²⁴ APARICIO VAQUERO; J.P. “Art 96”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, p 1386, citando el *Memorandum Explicativo de la propuesta de Directiva del Consejo sobre protección jurídica de programas informáticos*, COM (88)816 final, presentada por la Comisión el 5 de enero de 1989 DOCEC/91 de 12-IV—1989.”

²²⁵ *Manual de Propiedad Intelectual*, op. Cit., p. 55

²²⁶ *Manual de Propiedad Intelectual*, op. Cit., p. 55. STS 2.2.2017 desestimando la infracción de propiedad intelectual catálogo de bricolaje aplicando un concepto de originalidad objetivar

cambio de tendencia y son protegidas por el legislador europeo bajo la concepción que mejor les beneficia: la originalidad de estas *obras* es considerada en su concepción más subjetiva posible, como una simple creación intelectual “propia” del “su” autor: es decir, los programas de ordenador serán considerados *obra* siempre que no se traten de una obra copiada, sin que quepan otros criterios estéticos a cualitativos, y su originalidad no será valorada según su novedad objetiva. El TRLPI en su art 96.2 protege lo programas de ordenador también bajo el prisma de la originalidad subjetiva “únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor”,

Ocurre exactamente lo mismo con las bases de datos: *las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor. No serán de aplicación otros criterios para determinar si tales bases de datos son susceptibles de dicha protección* (art. 3.1 Directiva 96/9/CE, sobre bases de datos). El criterio por el para que mide el requisito de originalidad es subjetivo, igual que en el caso de los programas de ordenador.

Vale la pena detenerse un poco más en el caso de la fotografía y la mera fotografía

La *Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines* establece en su *Considerando (16)* que “*Una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna, debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad. La protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional.* El legislador europeo se inclina también en este caso hacia una concepción subjetiva de la originalidad. Añade que la protección de las fotografías que no son obras fotográficas “debe dejarse a la legislación nacional”. Por lo tanto, la protección de la mera fotografía es una cuestión que se resuelve dependiendo de la legislación de cada estado.

España es uno de los estados de la Unión en que los que las “meras fotografías” son objeto de protección²²⁷. Mientras que los derechos de autor sobre una obra fotográfica tienen una

²²⁷ La mera fotografía se protege en España des de la ley de 1987. Actualmente su regulación se encuentra en el art 128 de la LPI

duración de 70 años después de la muerte de su autor, como el resto de las obras del libro primero de la LPI, los derechos del realizador sobre una mera fotografía tienen unos derechos análogos a los reconocidos a los autores con respecto a la reproducción, distribución y comunicación pública pero solo durante 25 años desde el 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización o reproducción. El titular de la mera fotografía adquiere, en consecuencia, todos los derechos de explotación excepto el derecho de transformación ni tampoco los derechos morales.

La “mera fotografía” en la LPI española se protege como un “derecho conexo”. Se consideran “meras fotografías” las *“imágenes obtenidas por procedimientos análogos a la fotografía cuando estas no tengan el carácter de obras protegidas del libro I de la LPI*. La consideración de “mera fotografía” concede un derecho de exclusiva al autor (persona física o jurídica) de la mera fotografía a pesar de que, los supuestos a los que se refiere el artículo 128 no sean *obras*.

La doctrina apunta que esta protección es necesaria “en cuanto (las meras fotografías) constituyen el resultado de un trabajo que puede tener un gran valor comercial, documental, científico o informativo”²²⁸. Son meras fotografías las fotografías de envases, (STS n 214/2011 de 5 abril del 2011) o las fotografías que se producen automáticamente de acuerdo con un mecanismo o un programa previamente previsto, por instalaciones de seguridad o por aviones, satélites, naves espaciales, siendo sus titulares las empresas responsables de esas instalaciones o artefactos.²²⁹ Es decir, puede haber meras fotografías que ni siquiera tienen una persona humana como autor. También pueden ser meras fotografías las fotografías de obras de arte que *“no tengan el carácter de obras protegidas del libro I de la LPI”*. En cualquier caso, una fotografía, sea *obra* o sea mera fotografía, siempre concederá un derecho en exclusiva a su titular.

²²⁸ERDOZAIN LÓPEZ, José C “Otros derechos de Propiedad Intelectual”, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanc, Manuales, Valencia 2019, p.295

²²⁹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “art 128” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Technos, Madrid, 2017, RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.) p. 1766-1767.

3.2.3. Jurisprudencia sobre originalidad en los estados de la Unión Europea

En **Francia** la noción de “obra del espíritu” se identifica al concepto de *obra*, para lo que se requiere necesariamente que la *obra* constituya una expresión de la personalidad del autor²³⁰. Pretender entrever la personalidad del artista en una obra de arte de formato clásico (una pintura al óleo sobre tela o una escultura) puede llegar a ser aparentemente fácil, especialmente si se trata de una obra figurativa. Más difícil será encontrar esta “obra del espíritu” en una obra de arte abstracta o conceptual. El caso de la obra “Paradis” que hemos analizado en cuanto a la separación entre expresión y la idea, es uno de los pocos ejemplos en que los tribunales europeos han tenido que aplicar el concepto de originalidad a una obra de arte conceptual:

Según la Ley de Propiedad Intelectual francesa, solo la forma original separada de su idea merece protección (art L.111-2 del CPI). Para que la instalación de Gautel pudiera ser considerada una “obra del espíritu” tenía que contener los elementos necesarios para ser considerada suficientemente original. Si palabra “Paradis” no era una creación de Gautel y la tipografía en la que estaba plasmada tampoco no era original del autor, ¿qué es lo que podría merecer protección en este caso? La defensa de Rehims, como hemos visto con anterioridad se basaba en el argumento de que la “obra” copiada se limitaba a una selección del autor de elementos preexistentes desprovista de forma y también de originalidad. El Tribunal de casación francés se expresa de este modo para resolver este caso *“teniendo en cuentaque la obra en litigio no consiste solo en una simple reproducción de la palabra “Paradis” si no en la inclusión de dicha palabra en letras doradas con un efecto de pátina con un granulado particular, sobre una puerta vetusta con un paño en forma de cruz encajada en un muro decrepito con la pintura desconchada, y es esta combinación que implica una elección estética que traduce la personalidad del autor (..) situar una palabra en un lugar particular y cambiándole el sentido (el autor) se expresa formalmente en una realización material original, y por lo tanto (...) la obra se beneficia de derechos de autor”*²³¹. Se tiene en cuenta la elección

²³⁰ [Article L. 111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle](#), *l’auteur d’une œuvre de l’esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d’un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.* »Chapitre II : Oeuvres protégées (Articles L112-1 à L112-4)

²³¹ *Mais attendu que l’arrêt relève que l’oeuvre litigieuse ne consiste pas en une simple reproduction du terme “Paradis”, mais en l’apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s’écaille,*

del artista únicamente en lo referente a la “realización material”, donde encontramos, según la interpretación, la rúbrica de la originalidad. Esta sentencia es, en realidad, una declaración de intenciones del tribunal, que acepta la dilatación sin límites concepto de originalidad y de “obra del espíritu” para conferir de protección a lo que innegablemente es una *obra artística conceptual* cuya formalización material es, indudablemente, insuficiente para alcanzar el umbral de *obra* según su concepción tradicional.

En la legislación española, el artículo 10 del TRLPI establece que “*son objeto de propiedad intelectual todas las **creaciones originales** literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas (...)*” y le sigue un elenco detallado de ejemplos de obras que obtendrán la protección de la Ley de Propiedad Intelectual.

Parte de la doctrina sostiene que esta definición de las obras que son objeto de propiedad intelectual es suficientemente flexible. La frase “actualmente conocido o que se invente en el futuro” indica con toda certeza una voluntad de, como sostiene Mayorga, ser sumamente flexible en la definición del objeto de propiedad intelectual²³². Sin embargo, esta definición excluye las obras cuyo motor –como decía Sol Lewitt- se encuentra en las ideas, siendo su formalización “expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible” la parte menos importante.

Mientras que la Ley de Propiedad Intelectual española no establece ningún principio ni criterio para valorar la originalidad, enfrentados a esta cuestión, los tribunales declaran que no puede ser objeto de protección aquella creación que es fruto de una labor “excesivamente

que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur ; (...) e, la cour d'appel en a à bon droit déduit que l'oeuvre bénéficiait de la protection du droit d'auteur ; que les moyens ne sont fondés en aucune de leurs branches » 06-19.021

Arrêt n° 1108 du 13 novembre 2008, 4^e

²³²MAYORGA TOLEDANO, M., “El Arte efímero como objeto de la propiedad intelectual. Especial referencia a los embalajes monumentales y demás instalaciones conceptuales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXXI, 2010-2011, p. 283

simplona y fácil, que cualquiera puede realizar rápidamente”²³³. Según Clara Ruizperez Azcárate “*lo que está queriendo decir el tribunal es que para que exista originalidad, para que el autor haya podido aportar algo creativo a la obra, es necesario que la creación surja como consecuencia de una actividad que no sea mecánica o rutinaria*”²³⁴. Si esta afirmación se extrapola a las artes visuales y se refiere al *resultado formal* de la creación y no a su conceptualización, deja fuera del umbral de protección a una gran parte del arte contemporáneo, no solo del arte conceptual, que se formalizan o ejecutan con una sencillez extrema, cuyo proceso de materialización puede llegar a calificarse, en efecto de mecánico o rutinario.

Mario Sol define la *obra* en “el régimen jurídico de la Parodia con una clarividencia pasmosa “La obra está donde no están sus fuentes”²³⁵

José Carlos Erdozain López en su interesante artículo *El concepto de la originalidad el Derecho de Autor* indica que “*la originalidad solo concurre cuando la forma elegida por el creador incorpora una variación o una especificidad “ y (...) dicha innovación opera solo sobre el concepto de **forma**, ya que el bien jurídico a proteger en los derechos inmateriales es el de la superación formal*” ²³⁶.

Esta reflexión es sumamente relevante para el arte contemporáneo. Si el requisito principal para que una obra de arte sea considerada obra protegida por la Propiedad Intelectual, es la “superación formal” entonces la doctrina jurídica ha dejado de proteger las obras de arte tal y como se define el arte en la doctrina de la teoría del arte actual. “*Para que el arte exista, ni siquiera tiene que haber un objeto que podamos ver, y si hay objetos en una galería, pueden parecerse a cualquier cosa*”. Nos recuerda Arthur Danto, a quien hemos mencionado en el

²³³ Sentencia Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sec 5ª) 309/2010, 30 julio de 2010. En este caso se discutía la autoría de un “*Prontuario del transporte por carretera: Documentos de control administrativo, infracciones y sanciones, accesorios de los vehículos*”, que en su segunda edición retiró el nombre de su autor.

²³⁴ “Las obras del espíritu y su originalidad”, op.cit., p. 35

²³⁵SOL MUNTAÑOLA, «El Régimen Jurídico de la Parodia», citando a Benedetto Croce, p 10

²³⁶Erdozaín Lopez, J. C., “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, Revista de propiedad intelectual, ISSN 1576-3366, Nº 3, 1999, p 58

capítulo anterior como uno de los teóricos de la estética que más han influenciado la teoría del arte actual, con su imprescindible ensayo “After the end of Art”, publicado en 1997-hace ya 20 años²³⁷.

La creatividad, según Erdozain, “*aparece como primer carácter o rasgo fundamental para determinar cuando nos encontramos delante de una obra y cuando ante una mera prestación en el sentido del Derecho de Autor*” (...) *de una obra se puede hablar en términos de creatividad, de una prestación no*” pero luego especifica que la creatividad “*tiene lugar por el simple hecho de la trascendencia de la idea al mundo de la realidad formal*”²³⁸. La creatividad, como hemos visto puede encontrarse en una obra artística mucho más allá de su forma.

Erdozain acierta en su afirmación “*no es exacta la simple afirmación que el Derecho de autor se ocupa de las obras artísticas*” (...) *el objeto del derecho de autor son las creaciones de las que se pueda predicar su originalidad*”²³⁹.

Mientras que desde mediados de los años 60 y en las décadas que siguieron la teoría del arte y los artistas aceptaba ampliamente el concepto de la idea como central en la obra de arte, la doctrina de la propiedad intelectual ha seguido hasta la actualidad dividiendo con precisión de cirujano la diferencia entre “*idea y expresión de la idea*” i buscando el requisito de originalidad solo en la *forma* de estas obras artísticas. Es cierto, como escribe Erdozain, que la belleza ya no es -afortunadamente- una consideración para medir la originalidad en su protección jurídica.²⁴⁰ Pero la realidad es que la distancia entre “*obras protegibles*” y “*obras artísticas*” no se ha reducido con la superación de la belleza como bien jurídico al que proteger.

Intentando encontrar una solución a esta situación, Erdozain escribe “*La originalidad concurre cuando la forma elegida por el creador incorpora una variación*”, y “*la sencillez o la generalidad no deben excluir necesariamente la protección jurídica de autor. Evidentemente,*

²³⁷ DANTO, A.C., “After the End of Art Contemporary Art and the Pale of History, Princeton University Press, 1997

²³⁸ *El concepto de originalidad en el derecho de autor*, op. Cit., p. 57

²³⁹ *El concepto de originalidad en el derecho de autor*, op. cit., p. 57

²⁴⁰ *El concepto de originalidad en el derecho de autor*, op. cit., p. 67

las formas simples no podrán reclamar una protección fuerte por parte del Derecho de autor, pero lo anterior no obsta a la consideración de que la sencillez o la generalidad pueden llegar a convertirse con el tiempo en factores de especificidad o diferenciación dignos de protección (...) por aspectos de notoriedad adquirida (piénsese en los dibujos simples de Miró)”²⁴¹.

Si se tiene en cuenta el poco conocimiento que existe sobre el arte contemporáneo en general y el conceptual en particular fuera de los círculos profesionales o académicos de este ámbito, situar la notoriedad de un determinado artista como argumento para garantizar la protección de sus obras es sumamente contraproducente. La notoriedad adquirida hoy en día por Miró podría ser alcanzada en un futuro, por qué no, por artistas como Wilfredo Prieto Ignasi Aballi cuya obra es ampliamente conocida en el sector del arte, pero no ha alcanzado (todavía) el nivel de notoriedad para que sus obras se conviertan en “factores de especificidad o diferenciación”.

Bercovitz, por otro lado, en su imprescindible “Comentarios a la ley de propiedad intelectual” reconoce que la exigencia de la originalidad se puede entender de diversas maneras y se inclina por definirla como la “novedad objetiva de la obra”, identificando esta “novedad objetiva” con la “singularidad que permita distinguirlas de las demás obras preexistentes”. “En las obras plásticas frecuentemente la novedad viene dada mucho más por la ejecución de las mismas que por su concepción, que suele carecer de originalidad” ²⁴² Esta visión no coincide, como hemos visto, con la concepción de las obras de Sol Lewitt (1928-2007, uno de los grandes nombres del arte conceptual y minimalista norte-americano) que definía en 1967 el arte conceptual, recordemos, de la siguiente manera: “*En el arte conceptual la idea o el concepto es la parte más importante de la obra. Cuando un artista usa una forma conceptual del arte, significa que todas las decisiones importantes las ha tomado con anterioridad y que la ejecución de su obra es un puro trámite.*

²⁴¹ *El concepto de originalidad en el derecho de autor*, op. cit., p. 59

²⁴² Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4a ed. Tecnos, Madrid, 2017, p.162 y ss.



Sol Lewitt; *Four x Four x Four*, 1990

Es evidente que la justificación de la Ley de Propiedad Intelectual que hemos visto en el capítulo 1 y la decisión, una vez aplicamos la norma y la doctrina a obras como la obra *Four x Four x Four*, de Sol Lewitt que vemos encima de estas líneas, no dan el resultado deseado o esperado por la Ley de Propiedad Intelectual. *Four x Four x Four* no tiene en su formalización la “*variación de la forma elegida por el creador*” descrita por Erdozain, ni tampoco encaja en ella la afirmación “la obra está donde no están sus fuentes” de Mario Sol. Pero no proteger esta obra por la Ley de Propiedad Intelectual sería absolutamente contraproducente.

3.2.4 Originalidad Estados Unidos

En el Copyright de Estados Unidos el nivel de originalidad que se requiere para que una obra sea considerada una expresión original es mínimo. Basta con no haber copiado de un tercero: la originalidad se entiende como un concepto objetivo²⁴³.

Así lo definía el Juez Learned Hand: *Si por acto de magia un hombre que nunca lo hubiera conocido (previamente) compusiera un nuevo Odeon a Grecian Urn igual que Keat, sería un "autor" y, si lo inscribiera como tal, otros no podrían copiar ese poema, aunque por supuesto podrían copiar el de Keat.*²⁴⁴ A pesar de que sea altamente improbable que dos autores creen

²⁴³GERDES, MICHAEL B., “Getting beyond Constitutionally Mandated Originality as a Prerequisite for Federal Copyright Protection”, 24 Ariz. St. L.J. 1461 (1992) disponible en <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzl24&div=58&id=&page=> y también SAMSON VERMONT *The Sine Qua Non of Copyright is Uniqueness, not Originality* University of Miami - School of Law; Charlotte School of Law+(June 20, 2012).Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1906047> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1906047>

²⁴⁴Sheldon v. Metro Goldwin Pictures 81 F.2d 49,54 (2d Cir 1936)

la misma obra (y especialmente si es de semejante complejidad como una Oda de Kates) si dos autores conciben la misma obra los dos serán considerados autores. El ejemplo de Hand ilustra perfectamente el requisito de la originalidad en la jurisdicción norte-americana, que no llega más allá de la simple creación independiente.

La originalidad es un requisito constitucional para que una obra esté protegida por derechos de autor. El Copyright Act de 1976 reconoce el requisito de la originalidad de manera explícita. El Tribunal Supremo de Estados Unidos definió el concepto de originalidad en la sentencia *Feist Publications v. Rural Telephone Service*²⁴⁵. Esta sentencia también es importante como hemos visto con anterioridad en el establecimiento de requisitos para la separación entre idea y expresión de la idea. En *Feist* se establece que el requisito de la originalidad no es particularmente difícil de cumplir y que se compone de dos partes: Que el trabajo haya sido creado independientemente por el autor (es decir, que no haya sido copiado) y que posea un mínimo de creatividad. Para que una obra cumpla el requisito de la “creación independiente” basta con que no haya sido copiada de otra obra. Recordemos los hechos: La editorial *Feist* había copiado de *Rural Telephone Service* unos listados de teléfono después de que *Rural* hubiera rechazado un acuerdo de licencia y los listados se publicaran sin autorización. *Rural* denunció, pero el Tribunal declinó la protección de los listines de teléfonos como obra protegible porque no poseían “ni un mínimo de creatividad” y, por lo tanto, denegó la existencia de infracción por parte de *Feist*²⁴⁶. De esta sentencia nació la doctrina del “sweat of the brow” (“el sudor de la frente”) que establece que el mero trabajo intelectual, si no es creativo, no es suficiente para recibir la protección de los derechos de autor²⁴⁷.

En el Registro de la Oficina de Propiedad Intelectual (Copyright Office) de los Estados Unidos se rechazaba en octubre del 2018 una petición de reconsideración de inscripción en el registro de un estampado de ropa para el hogar, el *Hastens Sangar*, consistente en una disposición de rectángulos estampados en cuadrícula alternando el blanco, azul oscuro, azul claro y azul de

²⁴⁵*Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991),

²⁴⁶*Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), 345. Así de claro lo escribía el juez “at least some minimal degree of creativity”

²⁴⁷*Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991),

media tonalidad y determinaba que “una simple disposición de elementos no protegibles no demuestra la creatividad necesaria para obtener la protección” porque no alberga ningún “chispa creativa”²⁴⁸. Los dictámenes del Copyright Office son muy interesantes para establecer cuál es el umbral de esta “chispa creativa” necesaria para obtener la protección como obra. El rechazo de la protección del “Wrapped Reichstach” como obra que hemos visto anteriormente también es muy ilustrativo. La denegación en este caso, recordemos, se resume perfectamente en las conclusiones del Chief of Examining División for the Appeals Board: *“Obras estéticamente placenteras y artísticamente interesantes pueden no ser registradas si les falta el suficiente <modicum of expression> de creación original”*²⁴⁹. Aunque la originalidad sea muy poca, alguna tiene que haber. Pero la medida de esta originalidad, aunque en términos cuantitativos sea bajo, no es nada previsible en términos cualitativos.

Un sector de la doctrina norte americana se ha preguntado si no podría ser que la debilidad de este requisito llevara a resultados absurdos y a una super protección dañina para cumplir el objetivo del copyright llamándolo “a standard that is not standard at all” que puede llevar a graves infracciones del derecho de libertad de expresión, porque lo que la ley puede conferir con un título de exclusividad, puede representar el razonamiento por el que la obra de otra persona sea silenciada por la ley.²⁵⁰ Pero, como hemos visto, a pesar de la debilidad de este requisito en esta jurisdicción, obras de arte contemporáneo han quedado fuera de su protección.

3.3. La opinión de la doctrina

La cuestión de la aplicación del concepto idea v expresión de la idea y de la originalidad en el arte contemporáneo ha empezado a suscitar un cierto interés por parte de la doctrina europea, muy especialmente la francesa, y también la norteamericana que ya ha empezado

²⁴⁸El término original utilizado es “creative spark” Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Hastens Sangar AB Fabric Pattern (repeating 2-dimensional fabric pattern); Correspondence ID: 1- 2BDGRHF; SR 1-4268431251 <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/hastens-sangar-fabric-pattern.pdf>

²⁴⁹ Wrapped Reichstag, Berlin, 1971-1995 Control No. 60-504-9973 Decision of Appeals Board, U.S. Copyright Office, October 1, 1997.

²⁵⁰ LANGE, D.-JEFFERSON POWELL, H., *No Law: Intellectual Property in the Image of an Absolute First Amendment*, Stanford University press, 2009, p. 86

a desarrollar estudios específicos sobre esta dificultad de este encaje. La autora francesa Nadia Walravens señala que la dicotomía entre idea y forma conduce a una visión materialista que no es adaptable a la creación artística contemporánea²⁵¹, y propone en su tesis “L’ouvre d’art en droit d’auteur: Forme et originalité des œuvres d’art contemporaines” revisar la noción tradicional de forma (expresión) y ampliarla a todos los elementos que participan de la expresión de la obra, que constituyen su esencia, ya que para los artistas las ideas son consideradas como obras y reivindicadas como tales²⁵². La obra está constituida por una estructura autónoma, pero su integración en un espacio específico que introduce una nueva relación con el espectador es fundamental para su comprensión²⁵³. Esta autora pone de manifiesto la importancia de la *intención* del artista para el análisis de la originalidad de la obra y argumenta que no se puede disociar los elementos tangibles e intangibles de una obra, ya que si se rompe la unidad se destruye su lógica. La forma debe captarse, pues, de manera global y no fragmentaria²⁵⁴.

La novedad que introduce Walravens respecto la concepción tradicional de la dicotomía idea/expresión de la idea es que los elementos protegibles de una obra sean todos aquellos perceptibles, sean o no tangibles: El objeto y su luz (en el caso de los fluorescentes de Flavin) o la inscripción encima de la puerta decrepita de la obra de Gautel, aunque la puerta y la pared donde se encuentran no sean “creación” del autor (en el sentido que el creador no ha intervenido físicamente en estos elementos) también “son” la obra. En realidad lo que propone Walravens es que todas las decisiones por parte del autor que tengan como consecuencia una plasmación en un soporte tangible o intangible sean protegibles y por lo tanto objeto de la ley de propiedad intelectual: “No son los conceptos del derecho de autor que habría que revisar, ya que una análisis en profundidad de las creaciones contemporáneas demuestra que una obra de arte resulta siempre de la libertad creativa del artista, de su individualidad, de su singularidad. Se trata más bien de abordar una obra contemporánea de

²⁵¹ "De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur comme création et sa protection par le droit d'auteur", op cit. p.10

²⁵² WALRAVENS, N.; *L'oeuvre d'art en droit d'auteur: forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, Economica, Collection Patrimoine 2015, p. 91

²⁵³ *L'oeuvre d'art en droit d'auteur: forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, op.cit p. 93

²⁵⁴ "De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur comme création et sa protection par le droit d'auteur", op. Cit. P 34

manera menos materialista, teniendo en cuenta los elementos intangibles, menos perceptibles que la constituyen”²⁵⁵. Julien Cabay celebra el paso adelante que constituye la inclusión a la noción de forma de elementos que participan de la obra, especialmente la participación activa del público, pero critica que a pesar de reivindicar que la obra es la idea, solo ofrece una protección contra la “reproducción servil”, de manera que “el monopolio del autor es particularmente reducido”.²⁵⁶

Pero si las decisiones del artista son la clave de la consideración de las obras de arte como protegibles para Walravens, Judith Ickowicz propone un giro copernicano para focalizarnos en la *intención* del autor. En su tesis “Le Droit après la dematerialization de l’oeuvre d’art-Un analyse juridique de l’art contemporain” la autora se centra en la *consciencia* del autor para poder trazar el perímetro de la *forma* de las obras. “Las obras de arte despojadas de un soporte físico no están menos construidas que las obras de arte incorporadas en un soporte”²⁵⁷. Las obras de arte contemporáneo que no reposan en un objeto matérico sino en un “dispositivo artístico” que desafía la fragilidad de la oposición entre forma e idea. La forma, según Ickowicz, está demasiado ligada a la relación fetichista que viene impuesta por los intercambios económicos a los que el arte contemporáneo da lugar. A fin de integrar el arte contemporáneo al terreno del derecho, Ickowicz aboga por una adopción más intelectual de la creación artística. “Este cambio de punto de vista supone una redefinición de la noción de la forma capaz de tener en cuenta los modos de producción artísticos actuales (...) La noción de “cosa” ha sido escogida como línea directriz preferentemente a la obra del espíritu”²⁵⁸. La

²⁵⁵ WALRAVENS, N. “La remise en cause des notions traditionnelles d’auteur et d’oeuvre de l’esprit”. En: *L’art contemporain confronté au droit. Actes du Seminaire tenu le jeudi 8 juin 2006*. Institut Art et Droit... París: Université Pantheon-Assas Paris II, p. 14.

(disponible en <http://artdroit.org/wp-content/uploads/2013/11/Actes-du-colloque.pdf>, ultima consulta 29/2/20)

Parece, por otro lado, que la legislación española, sin embargo, por lo menos en su redacción, coincidiría con esta visión: **Artículo 10. Obras y títulos originales.** 1. *Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:*

²⁵⁶ “<Ce sont les regardeurs qui font les tableaux> La forme d’une oeuvre d’art conceptuel en droit d’auteur”, op. Cit. P. 42.

²⁵⁷ *Le Droit après la dématérialisation de l’oeuvre d’art*. Les presses du réel, op. cit., p. 340.

²⁵⁸ *Le Droit après la dématérialisation de l’oeuvre d’art*, op. cit., p. 612

“cosa”, en efecto, puede ser definida a partir de su “forma intelectual” o de la materia donde se encuentra, pero el derecho ha dado preferencia a la materia. La propuesta de la autora es que la “forma intelectual” pueda ser descrita, a pesar de la diversidad de obras de arte contemporáneo, como un conjunto de reglas dictadas por el artista que hacen posible la identificación de la obra de arte, y que su ejecución no vaya ligada a una autoría, de la misma manera en que en el caso de las obras musicales se puede separar al autor de una obra de su ejecutante. Esta analogía, a mi parecer, no es del todo acertada: La autora no toma en cuenta que Ley de Propiedad Intelectual confiere al músico ejecutante unos derechos afines, mientras que el ejecutante de unas instrucciones de arte conceptual (el técnico de un museo o de una galería que ejecuta las instrucciones para materializar la obra, o incluso el coleccionista adquirente de la obra), no adquiere (ni debería adquirir) ningún tipo de derechos de autor por haber conferido de forma a las instrucciones del artista.

Julien Cabay propone una definición de la forma de las obras conceptuales distinta de la obra externa, teniendo en cuenta la forma interna, su composición, que él llama “forma conceptual”²⁵⁹. Partiendo del ejemplo de la obra de Marcel Duchamp L.H.O.O.Q (la reproducción de la Gioconda de Leonardo da Vinci con un bigote y el título L.H.O.O.Q) y analiza cuál de estas obras evoca más la obra de Duchamp conceptualmente: Unos garabatos en forma de V en un cuadro de Monet, un retrato de una mujer anónima con un bigote pintado encima, o el personaje de Venus en el cuadro “El nacimiento de Venus” de Botticelli” con un bigote y un título similar a L.H.O.O.Q. Su conclusión es que la más parecida es la tercera. El autor analiza que la idea de la obra toma forma a través de su estructura (obra maestra de la historia del arte con un bigote, un título provocativo). Cabay propone también integrar la noción del público *“una figura abstracta, puede malearse a voluntad, de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso. Podría anticipar estos casos concretos, contribuyendo así a la seguridad jurídica y promoviendo así la libertad de creación. La noción (de público) es por otro lado s, por lo que debería permitir que el derecho pueda comprender los desafíos futuros que plantearán las prácticas artísticas por venir. (...) El arte es por esencia libre, la ley es flexible y rígida. Solo una herramienta flexible como la noción de público*

²⁵⁹ "Ce sont les regardeurs qui font les tableaux» La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur", op. cit., p. 50

permitirá al derecho a seguir a la creación en tortuosos caminos donde el arte la llevará. En definitiva, integrar al público en la definición de la forma, inscribirlo en l en los cimientos del edificio de derechos de autor...”²⁶⁰

Edouard Treppoz, de Lyon III, en su artículo “Quelles protection(s) juridique(s) pour l’Art Contemporain” apunta que, si la protección de los derechos de autor estuviera sujeta a la consideración de cualquier tipo de mérito, la protección sería sistemáticamente denegada a cualquier tipo de arte contemporáneo. Este autor apunta también que resulta paradójico que una norma que tiene que proteger al arte contemporáneo no lo comprenda y se muestre insensible al mismo²⁶¹.

Anne Barron del *London School of Economics and Political Science*, argumenta en su artículo “Copyright and the claims of Art” que la concepción del romanticismo sobre la autoría es responsable del actual desencaje entre la creación contemporánea y la ley de la propiedad Intelectual. Según esta autora, es la concepción legal de *obra* que define al autor y no al revés, y la ley se presume que la *obra* es estable, fijada, autónoma a su contexto y a su audiencia. Según Barron, la *obra* no refleja el compromiso de la ley a una particular corriente estética ni a la concepción del autor, sino que es una consecuencia de la misma lógica de propiedad²⁶² Barron concluye que la “ceguera” de la Ley de Propiedad Intelectual hacia el arte contemporáneo no es producto de un prejuicio estético sino de la búsqueda de certeza, objetividad y recogimiento²⁶³

En la doctrina española es destacable el título *Nuevas Fronteras del objeto de la Propiedad Intelectual; Puentes, Parques, perfumes y embalajes*, de Luis A. Anguita Villanueva y Héctor S. Ayllón Santiago²⁶⁴. En este destacado estudio los autores se preguntan qué es el Arte para el

²⁶⁰ Ce sont les regardeurs qui font les tableaux» La forme d’une œuvre d’art conceptuel en droit d’auteur”, op. cit., p. 81.

²⁶¹ TREPPOZ, E. “Quelle(s) Protection(s) Juridiques pour l’Art Contemporain?”, op. cit.,

²⁶² BARRON, A. “Copyright Law and the Claims of Art”, en *Intellectual Property Quarterly*, Vol. 4, 2002, p 369 accessible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=346361

²⁶³ “Copyright Law and the Claims of Art”, op. cit., p. 381

²⁶⁴ *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad Intelectual: Puentes, parques, perfumes, senderos y embalajes*, Reus, Colección de propiedad intelectual, Madrid 2008 (op. cit., nota 89)

mundo del derecho para llegar a la acertada conclusión de que “si el derecho de autor no es capaz de detectar y ser sensible a las nuevas formas de expresión de la originalidad humana estaremos construyendo leyes y reglamentos destinados más a falsear la creatividad que a proteger los sujetos que hacen evolucionar la especie humana” Los autores afirman con acierto que “las ideas, o mejor dicho, las nuevas formas de expresión, van ganando terreno en la expresión artística y que es la idea la que transmite el verdadero objeto de nuestra denominada propiedad intelectual”²⁶⁵.

4. LA CASUÍSTICA DEL ARTE CONCEPTUAL

Veamos a continuación como algunas obras que ya forman parte de la historia del arte encajan dentro del concepto de obra protegida que ofrece la ley de propiedad intelectual.

4.1. Obras artísticas sin originalidad:

4.1.1. La originalidad de las palabras en el lienzo “Pure Beauty”, de John Baldessari

El recientemente fallecido John Baldessari (National City, California, Estados Unidos; 1931-Los Angeles, California, Estados Unidos, 2020) fue uno de los primeros artistas conceptuales y uno de los que más influenciaron a los creadores tanto de su generación como de las generaciones posteriores como Cindy Sherman (Glen Ridge, New Jersey, Estados Unidos; 1954) , David Salle (Norman, Oklahoma, Estados Unidos; 1952) o Barbara Kruger (Newark, New Jersey, Estados Unidos, 1945) ²⁶⁶. Las obras de Baldessari han llegado a cotizarse por un valor en el mercado entre un millón y medio a dos millones de dólares²⁶⁷.

Baldessari empezó a incorporar textos en sus creaciones a mediados de los años 60, creando obras que intentaban demostrar las múltiples posibilidades de narrativa que ofrecen las

²⁶⁵ *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad Intelectual: Puentes, parques, perfumes, senderos y embalajes*, Op. cit., p. 12, 13

²⁶⁶ Así se afirma en la exposición “Pure Beauty” <https://www.tate.org.uk/whats-on/tate-modern/exhibition/john-baldessari-pure-beauty> (última consulta 7/6/2020)

²⁶⁷ “Quality Material-...” (1967–68) se valoraba en 1,5.2 millones de dólares en 2007 por una conocida web de monitorización de mercado del arte <https://www.artmarketmonitor.com/2007/05/08/ready-for-record-breaking/> (ultima consulta 15/10/2020)

imágenes cuando se asocian con el lenguaje²⁶⁸. Una de ellas es “Pure Beauty”, una pintura sobre tela que consiste simplemente en un lienzo blanco con las palabras “Pure Beauty” impresas en su superficie.



Título: “Pure Beauty,”

Autor: John Baldessari

Fecha: 1966-68

Técnica: pintura sobre lienzo

Dimensiones

© 2009 John Baldessari

<https://www.wikiart.org/en/john-baldessari/pure-beauty-1968>

En este caso nos encontramos indudablemente delante de un objeto tangible, una pintura sobre tela. ¿Pero puede este objeto considerado una *obra* según la ley de propiedad intelectual?

Si entendemos la originalidad de manera subjetiva, tal como hace la tradición francesa, debemos buscar en la obra el reflejo de la personalidad del autor, una obra del espíritu. No parece darse aquí este requisito. ¿Podría utilizarse aquí el mismo argumento que en “Paradís”? La sentencia justificaba la protección de la obra de Gautel argumentando *“que la obra en litigio no consiste solo en una simple reproducción de la palabra “Paradís” si no en la inclusión de dicha palabra en letras doradas con un efecto de pátina con un granulado particular, sobre una puerta vetusta con un paño en forma de cruz encajada en un muro decrepito con la pintura desconchada, y es esta combinación que implica una elección estética que traduce la personalidad del autor”*²⁶⁹. En este caso no tenemos ni pátina con un granulado

²⁶⁸Russell Bowman (1985) *Words and Images: A persistent Paradox*, Art Journal 45: 4,335-343

²⁶⁹06-19.021 Arrêt n° 1108 du 13 novembre 2008 Cour intellde cassation

particular ni puerta vetusta, solo un lienzo de lo más ordinario y unas palabras de lo más comunes. El lienzo no contiene nada más que las palabras “Pure Beauty”, que probablemente no llegan ni al requisito de originalidad establecido en Infopaq, *algún elemento capaz de expresar la creación intelectual propia del autor*²⁷⁰. *Pure Beauty* son dos palabras demasiado comunes, -demasiado susceptibles de poder ser objeto de cualquier anuncio de cosméticos, por ejemplo-para justificar que Baldessari ejerció su talento para llegar a la “altura creativa” necesaria para poder dar lugar al derecho de autor por el simple hecho de su creación. La tipografía tampoco parece original, demasiado parecida a las mayúsculas de Arial o de Times Roman, ni tampoco lo es la composición. Cualquier copia, distribución o comunicación pública de esta obra podría ser autorizada por su falta de originalidad. Sin embargo, cualquier consulta sobre de la obra “Pure Beauty” de Baldessari en cualquier buscador de internet nos devolverá la famosa pintura con claras indicaciones de derechos reservados “PureBeauty, 1966-68 © John Baldessari”²⁷¹.

La concepción de la originalidad objetiva, sin embargo, que requiere tan solo que la creación aporte y constituya una novedad objetiva frente a cualquier otra creación preexistente, si parece encajar con la naturaleza de esta obra con mayor precisión. Sin duda esta obra se consideraría una novedad, por ser “el primero” que incluye estas palabras en un lienzo, y justamente se atribuye a Baldessari el mérito de estar entre los primeros artistas que empiezan a trabajar con el lenguaje como herramienta expresiva en las artes visuales. También cumple el requisito de la fijación establecido en el Copyright Act.

La consideración de obra, pues, quedará relegada a si el análisis bajo el que se examine es el de originalidad objetiva o subjetiva.

²⁷⁰Infopaq, parrafo 48

²⁷¹A título de ejemplo, <https://www.pinterest.com/pin/462744930460441626/> (ultima consulta 7/6/2020)

4.1.2. La originalidad de una superficie en blanco: “Gran error” de Ignasi Aballí

Ignasi Aballí (Barcelona, 1958) es un artista conceptual de gran reconocimiento internacional y con obra en bienales, ferias y museos de reconocido prestigio²⁷². Aballí representará a España en la Biennial de Venecia de Artes Visuales del 2022²⁷³. Ignasi Aballí investiga con su trabajo las fronteras de la representación y el poder de la imagen cuestionando las prácticas tradicionales de la pintura. A lo largo de su trayectoria como artista, Aballí ha utilizado como materia creativa algunos materiales que de algún modo cuestionan su acción como autor, como el polvo o la acción corrosiva del sol, o fragmentos de periódicos meticulosamente ordenados que engancha a sus lienzos creando sus famosas “listas”.

Casi todas sus obras plantean cuestiones muy relevantes sobre el alcance o el encaje del derecho de autor en el arte contemporáneo. En algunas de sus creaciones el papel que juega el autor como artífice de la obra pone en jaque uno de los fundamentos del derecho de autor, la existencia de un creador como persona física, ya que ni el artista (ni ninguna otra persona) interviene en la “creación de la obra”, que es fruto del azar, exactamente igual que el caso de *Kelley v. Chicago Park District*, del que hemos hablado en la sección 3.1.4. Su serie “pols”, por ejemplo, consiste en obras creadas por el polvo acumulado en un soporte de cristal enmarcado en hierro. Aballí es solo el autor de la idea, su materialización es fruto del azar y del tiempo. ¿Es Aballí autor de esta obra artística? Sin duda. Pero ¿sería Aballí el titular de los derechos de propiedad intelectual de esta “obra”? sin autor, está claro que, al menos jurídicamente, no hay “obra”, y si no hay “obra”, cualquiera de las obras de su serie “pols” podría ser reproducida libremente sin la autorización del artista fuera cual fuera su finalidad. La Ley de Propiedad Intelectual no alcanzaría a proteger “esta obra artística” como *obra*.

Otras de sus obras plantean las mismas cuestiones que ya hemos visto en las obras apropiacionistas: en sus famosas “Listas”, el artista pega listados de palabras, a veces frases cortas, e incluso fotografías aparecidas en los periódicos ordenados metódicamente según su

²⁷²La obra de Ignasi Aballí se ha expuesto entre otros en el Drawing Center (Nueva York), *Le Printemps de Septembre* (Toulouse) la Bienal de Venecia (2007), el Museu Serralves (Porto), IkonGallery (Birmingham) y ZKM (Karlsruhe, Alemania) y el Museo Nacional Centro de arte Reina Sofía y la Fundación Miró.

²⁷³ <https://www.lavanguardia.com/cultura/20201030/4973196503/ignasi-aballi-pabellon-espanol-bienal-venecia.html>, Última consulta 15/11/2020

temática y fecha. El TJUE ya advirtió en *Infopaq* que extractos de artículos de periódicos que contenían tan solo 11 palabras podían ser protegidos por el Derecho de Autor. ¿Cuál sería el resultado de reproducir once palabras de un periódico, en un lienzo? *Pueden considerarse actos de reproducción en el sentido del artículo 2 de la Directiva [2001/29] el recortar y posteriormente imprimir en un lienzo un extracto de un artículo en un diario, que consiste en un término de búsqueda y las cinco palabras anteriores y posteriores a éste?*²⁷⁴ En todo caso, con toda certeza estarán protegidas las fotografías recortadas de periódicos que Aballí reproduce en sus lienzos, por lo menos en la legislación española cuanto menos como “meras fotografías”.

Una de sus obras que de manera más lúcida cuestiona el concepto de originalidad es “Gran error”.



Título: “Gran Error,”

Autor: Ignasi Aballí

Fecha: 1998-2005

Técnica: Instalación, Pintura plástica y corrector sobre pared

Dimensiones: 100x100 cm,

Colección Macba

²⁷⁴ Una pregunta muy similar a esta es la que se formula en *Infopaq* ¿Pueden considerarse actos de reproducción en el sentido del artículo 2 de la Directiva [2001/29] el almacenamiento y posterior impresión de un extracto de un artículo en un diario, que consiste en un término de búsqueda y las cinco palabras anteriores y posteriores a éste?

En esta obra el artista aplica corrector (tipo “*Tipp-Ex*”) sobre una pared blanca, causando un efecto casi imperceptible. Esta instalación se rehace cada vez que se instala la obra en una exposición. Ni si quiera hace falta que sea el mismo artista el que la ejecuta. El artista entrega al museo unas instrucciones para realizar la obra y normalmente son los técnicos del museo o centro de arte los que ejecutan la obra artística.

Un análisis jurídico de los derechos de autor que podría generar esta obra nos lleva a plantearnos dos cuestiones: La primera, sobre su autoría: si no es Aballí quien ejecuta la obra ¿tendrá el técnico del museo que exponga la obra de Aballí a quien se encargue la ejecución de la obra el coautor de “Gran Error”, igual que pasó con el caso *Guino*? ¿Tendrá el técnico de museo algún derecho conexo sobre la obra como ejecutante? No parece ser este el objetivo de la ley de propiedad intelectual. Es cierto que el resultado final de la “obra” es siempre diferente, según quien ejecute las instrucciones. Pero la diferencia no tendrá ningún impacto en la obra, porque la *obra* está en la idea, no en su ejecución. Tal y como expresaban Luis A. Anguita Villanueva y Héctor S. Ayllón Santiago en *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad Intelectual: Puentes, parques, perfumes, senderos y embalajes*, este es un buen ejemplo de un caso en el que “es la idea que transmite el verdadero objeto de nuestra denominada propiedad intelectual”²⁷⁵.

En segundo lugar, ¿cumple esta obra con el requisito de la originalidad para poder ser considerada “obra” y por lo tanto estar protegida por la Ley de Propiedad Intelectual? La originalidad, ya hemos visto, exige una cierta “altura creativa”, un “creative spark”, un reflejo de la “personalidad del autor”. Una pared blanca tapada con corrector puede ser una idea original con una dimensión de discurso estético muy profundo, pero la forma en que esta idea se materializa poco tiene de original según la propiedad intelectual: es una superficie blanca sobre una pared blanca, una obra monocroma como las que hemos mencionado las páginas anteriores en ocasión de la doctrina norte-americana del “*merger doctrine*”²⁷⁶. La originalidad en una obra protegida por la Ley de Propiedad Intelectual hay que buscarla en su forma, en su plasmación en un soporte “tangible o intangible”, no en la idea. Ya hemos visto que el esfuerzo o habilidad técnica necesarios para materializar una obra no se tienen en cuenta

²⁷⁵ *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad Intelectual: Puentes, parques, perfumes, senderos y embalajes*, op. cit, p. 13

²⁷⁶ Ver apartado 3.1.4.

para reconocer la protección de obra bajo la Ley de Propiedad intelectual. El TRLPI anuncia en su artículo 10 que serán consideradas obras (...) *las obras de pintura*, pero bajo un análisis normativo la obra de Ignasi Aballí, aunque sea una pintura, puede no ser una *obra*.

La falta de originalidad formal de la fijación o materialización obra será, en este caso, lo que marcará, una vez más, la distancia entre esta obra de arte y su protección como obra en la ley de propiedad intelectual. Si "Gran Error" no es considerado "obra" bajo el derecho de autor, (a pesar de que ningún museo, crítico o artista dudaría de su condición de obra y de su valor artístico) cualquier persona, física o jurídica, podrá reproducir la obra de Ignasi Aballí en cualquier soporte sin su autorización, sea cual sea la finalidad de ese uso, incluso si es comercial o publicitario.

Casi todas las obras de Ignasi Aballí plantean cuestiones interesantísimas sobre la originalidad: otra de sus obras más conocidas consiste en una lista de palabras que definen un color (por ejemplo, el verde) ordenadas alfabéticamente y estampadas sobre un lienzo verde (verde hinojo, verde hiperstena, verde hoja, verde hojaranzo, verde Hollins...). Ni el verde utilizado en el lienzo ni sus definiciones son "creaciones" originales de Ignasi Aballí. La idea de juntar el color verde con un sinfín de adjetivos que lo definen, sin embargo, son un rasgo muy característico de la obra de este artista. Su "obra artística", también aquí, es, igual que hemos visto con "Pure Beauty" de Baldessari, de difícil encaje con los requisitos necesarios para que, además de "obra artística", sea también una *obra* protegida por los derechos de autor.

4.1.3. La originalidad escondida bajo la superficie: "Somebody" de Kris Martin



Título: "Somebody",

Autor: Kris Martin

Fecha: 2013

Técnica: Cenizas humanas sobre papel

Photo: AchimKukulies, courtesySies + Höke, Düsseldorf

<https://walkerart.org/magazine/kris-martin-time-death-absence>

Kris Martin (1972, Kortrijk, Bélgica) es un artista conceptual que trabaja con esculturas monumentales, dibujos e instalaciones. Su trabajo ha expandido las estrategias de los artistas conceptuales de los 60 y los 70. Su práctica reflexiona sobre las cuestiones más profundas sobre la existencia humana, la muerte, el tiempo y la ausencia, a través de la recontextualización de objetos encontrados que tienen su propia simbología e historia²⁷⁷. La obra "Somebody" es una hoja de papel en la que Martin escribe la palabra "SOMEBODY" con su propio dedo, usando las cenizas de cinco personas que nunca fueron recogidas de un crematorio. Se trata de personas anónimas, el artista no sabe de quién eran las cenizas. "Somebody" es, literalmente, "alguien", los restos varias personas, incrustados en papel. Fabricar pigmento con cenizas es una técnica ancestral, sostiene el artista²⁷⁸. *Somebody* es también un juego de palabras, una parte pequeña e indeterminada de un cuerpo. Todos somos alguien en papel, un documento. La obra es chocante porque más allá de la repugnancia que pueda suscitar la idea de su técnica creativa, nos obliga a preguntarnos qué hay de ético o de ilegal en esta acción. Para el artista, creando esta obra se recuperan la individualidad de cada una de las personas²⁷⁹.

Vayamos ahora al análisis de esta "obra" para considerar si se trata o no de una *obra* según la Ley de Propiedad Intelectual. Nos encontramos con una obra formalmente parecida al ejemplo de Baldessari: "PureBeauty" y "Somebody" no son más que unas palabras aparentemente carentes de originalidad en dos superficies diferentes: tela y papel. Tampoco

²⁷⁷BASKAS, H. Hidden Treasures: What Museums Can't or Won't Show You Globe Pequot, Rowman & Littlefield 2013, p. 70

²⁷⁸Entrevista a Kris Martin "Laugh at Death: Kris Martin on Time, Absence, and Humor", publicada en la Web del Walker Art Center y disponible en <https://walkerart.org/magazine/kris-martin-time-death-absence> (última visita 22/3/2020)

²⁷⁹Entrevista Martin "Laugh at Death: Kris Martin on Time, Absence, and Humor", op. cit.

existe en ninguna de las dos ninguna novedad respecto a la tipografía, pero sin embargo el hecho de que la ejecución de esta “obra” se haya realizado manualmente y de manera personal por el mismo artista inclina claramente la balanza de la originalidad a favor del autor. La originalidad, recordemos, debe encontrar en la forma, en la expresión, si en ella se *el autor ha podido expresar su capacidad creativa* (Painer), y sin tener en cuenta la destreza artística o habilidad técnica. Pero la originalidad nunca se buscará en la idea, siempre y solo en la forma en la que es exteriorizada la idea.

No obstante, la singularidad en “Somebody” no reside en su formalización, en la ejecución “a mano” de una palabra que no es original sobre papel, si no el componente macabro del origen de la composición de su pigmento. Pero la ejecución personal del artista no debería ser uno de los requisitos para considerar una creación una obra protegible. Esta consideración está profundamente alejada de la creación contemporánea actual. La ejecución personal del artista es algo completamente accesorio en el arte contemporáneo. Como en la obra “Gran Error” de Ignasi Aballí, muchas de las obras o instrucciones de instalación, se reducen a un certificado o manual de instrucciones como el que de cómo tiene que ejecutarse la obra, sin que sea para nada necesario que la ejecute ni que la firme el mismo artista. De nuevo, la “obra” en el sentido artístico no está en la formalización sino en la idea. Esta *obra* es protegible por la Ley de Propiedad Intelectual porque está hecha a mano, con el propio dedo del artista, pero en realidad esta formalización (esta expresión de la idea en una forma tangible) no es más original que la del artesano que escribe “sal” en un recipiente de cerámica de la Bisbal para la cocina.

Esta concepción de originalidad es heredera de la concepción clásica del artista como demiurgo depositario de una capacidad de creación que justifica la entronización de todo lo que es creado por sus manos.

4.1.4. El apropiacionismo en el arte conceptual



Título: "Untitled" (Deathby Gun)1990",

Autor: Félix Gonzalez-Torres

Fecha: 1990

Técnica: Impresión offset sobre papel

Dimensiones: Altura: 23 cm

<https://www.pinterest.es/pin/251005379202640507/>

Félix González-Torres (1957, Guáimaro, Cuba-1996, Miami, Florida, Estados Unidos) es un artista crucial en la historia del arte conceptual de los Estados Unidos y del resto del mundo. ARCO, la feria de Arte Contemporáneo de Madrid, dedicó a Félix González Torres su primera edición en la que rinde homenaje a un artista en lugar de contar con un país invitado²⁸⁰.

Félix González-Torres estuvo muy influenciado por artistas conceptuales como Joseph Kosuth o Lawrence Weiner. Gonzalez-Torres creó instalaciones que constituyen reflexiones personales de la esfera pública y privada. Uno de los elementos que Gonzalez-Torres utilizó en sus instalaciones son elementos efímeros que se pueden degradar con el tiempo, como los caramelos. La contribución de Gonzalez-Torres no se limita a la historia del arte conceptual: Su interés en los certificados y contratos que regulan los usos, las libertades y la

²⁸⁰ARCO 2020, la primera edición dirigida por Maribel López Zambrana, incorpora como tema central un concepto: "It's Just a Matter of Time" -y un artista: Felix González-Torres. (disponible en <https://www.ifema.es/arco-madrid/noticias/arcomadrid-2020-proyectara-una-lectura-de-las-practicas-artisti>, ultima consulta 23/03/2020)

naturaleza de sus obras es de gran importancia tanto para el mundo del arte como del derecho²⁸¹.

Untitled (Deathby Gun) es un bloc de posters dispuesto en el suelo pensado para que los visitantes puedan coger uno y llevárselo. El contenido de los posters es una lista de 460 personas víctimas de las armas de fuego entre las semanas del 1 al 7 de mayo de 1989, citando su nombre, edad, ciudad y estado, con una breve descripción de las circunstancias de su muerte. *Deathby Gun* es una obra pensada para ser distribuida infinitamente imprimiendo nuevos blocs de posters siempre que sea necesario, aunque Gonzalez Torres determina que la altura del bloc debería ser como mínimo de 9 pulgadas (unos 23 cm)

La problemática de este caso es probablemente más cercana a la apropiación que al arte conceptual, porque el contenido de la obra fue apropiado de una revista sin el permiso pertinente. Habría que hacer un análisis sobre la aplicación del *Fair Use* que ya vimos en capítulos anteriores. La obra, si la cadena de derechos está bien formada, se encuentra, en este caso, en cada uno de los posters, independientemente del número de posters que se lleguen a imprimir. El contenido del poster, el *corpus mysticum* de la obra, puede considerarse a todas luces una obra original, artística, plasmada en un soporte perceptible.

4.1.5. El objeto común como obra



Título: "Untitled" (Portrait of Dad)

Autor: Felix González-Torres

Fecha: 1991

²⁸¹KEE, J "Felix Gonzales-Torres on Contracts" *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 517 Vol.26, Iss. Article 7, 2017

Técnica: Caramelos de menta de color blanco, cantidad indeterminada

<https://www.pinterest.es/pin/251005379202640507/>

Cruz Collection, Miami

Fuente: <https://www.artsy.net/artwork/felix-gonzalez-torres-untitled-portrait-of-dad>

"Untitled" (*Portrait of Dad*), (1991) consiste en una montaña de caramelos blancos envueltos en papel de celofán transparente que fue realizado por el artista el año de la muerte de su padre. El peso ideal del conjunto de los caramelos es 175 libras, unos 80 kilos de caramelos, coincidiendo exactamente el peso de su padre en el momento de su muerte. Los caramelos se vierten en una esquina creando una montaña, pero su forma varía constantemente ya que el visitante puede coger del suelo tantos caramelos como quiera, ya que el centro de arte o galería repone continuamente la montaña con más caramelos para mantener la forma original de la montaña de caramelos. ¿Dónde está la "obra" protegible? ¿Son los caramelos individuales? ¿Es la montaña de caramelos? ¿Es el certificado de autenticidad, que describe la visión del artista del mundo a través de una descripción de su trabajo y detallando las instrucciones para la exposición de esta obra?, Como sugiere Joan Kee en su ensayo *Felix Gonzales-Torres on Contracts* la obra reside exclusivamente en la idea, siendo la montaña de caramelos una mera materialización visible y efímera de la obra²⁸². Difícilmente esta "obra" cumpliría esta obra con el requisito de fijación de la Ley de Copyright Norteamericana que no dio cobertura a *Wild Flowers* porque las flores era "inherentemente cambiables"²⁸³? Tal como Zahr K. Said comenta en su artículo "Copyright's Illogical exclusion of conceptual art", el tribunal del distrito (tribunal de primera instancia) en *Kelley* se refiere a una obra de las obras formalizadas en una montaña de caramelos de Felix González-Torres muy parecida a "Untitled" (*Portrait of Dad*), razonando de la siguiente manera: "aunque no habrá dos espectadores de la obra "Untitled (*Portrait of Ross in L.A.*)" que verán la misma obra, no hay razonamiento posible que indique que su mutabilidad impida que sea descrito como una obra de arte"²⁸⁴. La aplicación del requisito "inherentemente cambiable" tal como lo describió el tribunal del séptimo circuito, o de la "permanencia suficiente" es altamente subjetivo y la fina

²⁸²"Felix Gonzalez-Torres on Contracts", *op. Cit.* p. 518

²⁸³ *Kelley v. Chi.ParkDist.* 635 F.3d 290, 304,306 (7th Circ), ver nota 78 2011

²⁸⁴ "Copyright Illogical Exclusion of Conceptual Art", *op. cit.*, p. 348, citando *Kelley v. Chi. Park Dist.*, No. 04-C-7715, 2008 WL 4449886 at 4

y delicada línea que separa las obras protegibles de las que no lo son, absolutamente arbitraria. La naturaleza cambiante de una obra de arte nunca debería ser un argumento para excluir una obra de arte de su protección por el copyright.

La originalidad y por lo tanto la *obra* en este caso no está en la materialización del soporte tangible, que como en el caso de “Gran Error” de Ignasi Aballí, también se deja en manos de un técnico de museo. Sin embargo, el Copyright Act, como hemos visto anteriormente, nos recuerda que “en ningún caso extenderá el derecho de autor protección para ningún trabajo original contenido en una idea, procedimiento, proceso, sistema, método operativo, concepto, principio o descubrimiento”²⁸⁵. Las ideas y los sentimientos que no tienen forma ni son exteriorizados carecen de protección.

Otra cuestión relevante para esta obra es saber qué es lo que obtiene el coleccionista o la institución cuando compra esta obra, en este caso la Colección De la Cruz, titular de la obra “*Untitled: Portrait of Dad*”. Si lo que el coleccionista compra son los caramelos, entonces la obra desaparece cuando el último visitante se lleva el último caramelo. Obras como esta se han vendido por cantidades millonarias, cosa que demuestra que los caramelos físicos no son en realidad lo que los coleccionistas consideran “obra”²⁸⁶. Los coleccionistas o propietarios de las obras de arte conceptual consideran que con el contrato de compraventa de las obras o con su certificado de autenticidad están obteniendo la propiedad de las ideas, no de la expresión o materialización de las ideas, que es donde los juristas insisten que reside la consideración de “obra” para poder otorgarle los derechos de propiedad intelectual. Al mismo tiempo, la consideración de titular de la propiedad intelectual de esta obra será extremadamente difícil de ejercer, ya que será imposible para el propietario de los derechos de autor excluir a otras personas de la posibilidad de verter montañas de caramelos blancos en la esquina de un espacio público como un museo o galería. Si el certificado es la obra, entonces cabría preguntarnos sobre la naturaleza de este certificado, y preguntarnos si

²⁸⁵Ver apartado 3.1.2

²⁸⁶“Untitled” (portrait of Marcel Brient) 1997, se vendió en una subasta por 4,5 millones de dólares. La pieza, muy similar a “Untitled” (portrait of dad), consiste en 90 kilos de caramelos azules apilados en una esquina. (información disponible en <https://hyperallergic.com/12202/candy-sells-philips-de-pury/>, última consulta en 25/3/2020)

realmente es el certificado es la obra tangible, o si estamos delante de un mero instrumento jurídico, un contrato.

4.1.6. El vaso de agua medio lleno



Título: «Vaso de agua medio lleno»

Autor: Wilfredo Prieto

Fecha: 2006,

Técnica: Vaso transparente medio lleno de agua

Fuente: <https://www.abc.es/cultura/arte/20150226/abci-vaso-agua-wilfredo-prieto-201502261633.html>

Wilfredo Prieto (Sancti-Spíritus, Cuba, 1978) es un artista conceptual cubano que ha logrado una gran notoriedad internacional²⁸⁷. Su galería, *Nogueras Blanchard*, suele vender sus trabajos por 20.000, 35.000 y 60.000 euros. Las obras de Prieto no dejan a nadie indiferente:

²⁸⁷ Wilfredo Prieto es un artista conceptual cubano de gran prestigio internacional que con poco menos de 40 años ha expuesto en la Bienal de Venecia (2017) en el South Gallery de Londres (2016), en el museo de arte moderno de Moscú (2015) y en el Guggenheim de Nueva York (2014), entre muchos otros museos y centros de arte de reconocido prestigio, y ha sido reconocido con varios premios como el Cartier o la Beca Botín. Su obra se encuentra en importantes colecciones como el Centre Pompidou, la Colección Patricia Phelps de Cisneros o el CA2M de Madrid y ha sido objeto de varios escritos y monografías.

“Políticamente correcto” es una sandía cortada en forma de cubo. Y “vaso de agua medio lleno” es exactamente lo que describe el título: Un vaso de agua medio lleno. La obra consiste en un vaso de agua medio lleno en un estante. Su precio, en ARCO 2015, era de 20.000€. A pesar de trabajar con materiales que se deben reponer para que la obra siga teniendo el aspecto de cuando fue concebida (es el caso de “políticamente correcto” y de “vaso medio lleno”), el artista crea de cada pieza una pieza única que se vende a los coleccionistas más una prueba de artista para las colecciones de las instituciones públicas. “Vaso de agua medio lleno” podría ser clasificado como un “ready made” como *Fountain* de Duchamp. Pero contrariamente a *Fountain*, cuyas pocas ediciones consideradas originales (o autorizadas por el artista) cuestan una fortuna, esta obra no tiene “original”. “Como vaso de agua no vale nada esta obra. De hecho, si alguien lo roba pongo otro. Así lo especifica el propio artista” asegura el galerista de Wilfredo Prieto sobre “vaso de agua medio lleno” ²⁸⁸. Lo que tiene valor es el certificado del artista que describe como se instala la pieza y en qué condiciones. El propietario de “vaso de agua medio lleno” es el poseedor del certificado de artista. Colocar el mismo vaso de agua y no tener el certificado ya no sería un “Wilfredo Prieto” “Políticamente correcto” funciona de la misma manera: Solo el poseedor del certificado del artista es el poseedor de “políticamente correcto”.

¿Qué pasaría si una gran editorial de distribución masiva internacional editara un libro sobre el arte conceptual del siglo XXI con una reproducción de “vaso de agua medio lleno” en la portada? ¿Cuál sería el fundamento para interponer una demanda por infracción de la Ley de Propiedad Intelectual? (Lo primero que tendría que demostrar el artista para poder probar una infracción es que “vaso medio lleno” es una *obra objeto de la Propiedad Intelectual*, y por lo tanto es original. Pero la originalidad, la “altura creativa” es justamente lo que no busca el artista: Wilfredo Prieto afirma lo siguiente sobre esta obra artística. “Viene de un grupo de trabajos con los que experimentaba reducir al máximo el objeto y buscar en él un concepto filosófico, casi desde un accidente cotidiano. Me interesaba que los resultados no tuvieran personalidad, que pudieran pertenecer a cualquiera y que la idea estuviera contenida en la propia realidad. En mis obras, siempre pretendo descubrir «contenidos» que ya están «contenidos» en la realidad (...) Quiero que las obras no me pertenezcan, que no lleven nada

²⁸⁸ <https://www.abc.es/cultura/arte/20150226/abci-vaso-agua-wilfredo-prieto-201502261633.html>

*que las reconozca como mías, sino que puedan pertenecer a cualquiera*²⁸⁹. La no-originalidad buscada por el autor de del vaso medio lleno es, en principio, contradictoria con la “altura creativa” que se requiere para que una obra artística sea considerada *obra protegible por la ley de propiedad intelectual*, con lo cual será muy difícil establecer este requisito fundamental (la originalidad) para alcanzar la protección del derecho de autor. Quizás una posible denuncia podría prosperar si fuera fundamentada en otras normativas, como la competencia desleal o el derecho de marca. Pero el derecho de autor que sería el apoyo natural de la Ley de Propiedad Intelectual no ofrecería –o por lo menos no lo haría sin mucha dificultad– ninguna protección para este tipo de obra.

Sin embargo, el fotógrafo que haya realizado la fotografía de la portada tendrá sin duda derechos sobre la reproducción de esta obra artística, ya sea como obra fotográfica o como “mera fotografía” del art 128 TRLPI. Si el objetivo de la Ley de Propiedad Intelectual (y concretamente los derechos de autor) era promover la creatividad y la innovación en la sociedad, confiriendo a los autores de obras artísticas, científicas y literarias las herramientas para poder proteger controlar los usos de sus obras, y sin embargo definición de *obra* pueda llegar a excluir algunas de las obras más paradigmáticas del arte conceptual es que, citando de nuevo a Villanueva y Ayllón, es que “la pretendida finalidad con la que nacieron estas normas (el Derecho de Propiedad Intelectual) ha perdido parte de su sentido en torno a cómo repartir la tarta de los creadores en vez de comprender qué es la tarta”²⁹⁰.

4.2. Obras sin autor. La naturaleza y los animales como autores del objeto artístico

Pep Vidal (Barcelona, 1980) es un joven artista con una gran proyección internacional. Licenciado en matemáticas y doctor en física por la UAB, su trabajo gravita alrededor de los infinitesimales cambios que se producen en la realidad, combinando el proceso creativo científico y el proceso creativo artístico²⁹¹. *Who wants to be an impatient gardener?* Es una de las “obras artísticas” de este autor. A finales del 2016, Pep Vidal compró todas las plantas que había en una sola floristería (400 flores y 300 plantas) y las trasladó a s estudio para estudiar durante más de un año sus cambiantes aspectos fisiológicos (color, superficie, volumen, etc.

²⁸⁹<https://www.abc.es/cultura/arte/20150306/abci-entrevista-wilfredo-prieto-artista-201503052040.html>

²⁹⁰ *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad Intelectual: Puentes, parques, perfumes, senderos y embalajes*, Op. Cit, p 95

²⁹¹<http://www.adngaleria.com/es/artistas/pep-vidal/biografia/>

)²⁹². Sus plantas han viajado con él a Nueva York y a Ámsterdam y han sido expuestas junto a sus cálculos científicos²⁹³. En este caso, el artista no hace más que recoger “datos” o “hechos” que no están protegidos por la ley de propiedad intelectual. La “obra artística” en este caso es el conjunto de la instalación que se muestra en los diferentes centros de exposición y que se compone de las plantas y de los datos y hechos científicos. El significado de esta “obra artística” (poner de relieve los cambios tan pequeños que no se pueden ver pero que son extremadamente poderosos) y su legitimación en el mundo del arte contemporáneo nos la muestran las numerosas y positivas críticas que los comisarios y críticos han hecho del trabajo de este artista²⁹⁴. Pero la distancia entre la “obra artística” y la *obra* protegible por la Ley de Propiedad Intelectual es en este caso muy evidente. A pesar de ser una obra artística original en el mundo del arte, la obra de Pep Vidal probablemente no podrá ser protegida como una de las “creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible” por no cumplir el requisito de originalidad. Paradójicamente, las fotografías de la “obra artística”, como vemos en la página web de su galería, si tienen créditos que indican quien es titular de sus derechos de autor.

²⁹²Este proyecto se expuso por primera vez en la galería ADN del 25 de noviembre del 2017 al 27 de enero de 2018. (disponible en <http://www.adngaleria.com/es/exposiciones/2017-2018/pep-vidal-who-wants-to-be-an-impatient-gardener/>, última consulta 25/3/20)

²⁹³<https://www.abronsartscenter.org/on-view/exhibits/wants-impatient-gardener-pep-vidal/> (exposición en Abrons Center, NY) y <https://www.rijksakademie.nl/ENG/kunstenaars/gast-residents/> (residencia en la Rijksakademie Amsterdam)

²⁹⁴ <https://www.artesostenible.org/who-wants-to-be-an-impatient-gardener-de-pep-vidal/>, Xavier Acarin en <https://xaviacarin.net/index.php/pep-vidal--who-wants-to-be-an-impatient-gardener/> Javier Diaz Guardiola en el ABC https://www.abc.es/cultura/cultural/abci-vidal-no-creo-haya-llegado-momento-haga-quiera-dedicarme-completo-arte-201712170116_noticia.html



Título: “Who Wants To Be An Impatient Gardener?”

Autor: Pep Vidal

Fecha: 2017-2018

Técnica: Instalación con plantas vivas

Dimensiones

Fotografías por Roberto Ruiz

<http://www.adngaleria.com/en/exhibitions/2017-2018/pep-vidal-who-wants-to-be-an-impatient-gardener/>

Tomas Sarraceno (San Miguel de Tucumán, Argentina, 1973) es un artista de origen argentino establecido en Berlín²⁹⁵. Sarraceno es desarrolla sus trabajos en colaboración con científicos. En su instalación “Como atrapar el universo en una telaraña”, producto de una década de investigación artística, el artista colocó siete mil arañas autóctonas del norte de Argentina en una sala del Museo de Arte Moderno de Buenos Aires para que durante meses tejieran unas telarañas inmensas. En la sala se situaron micrófonos imperceptibles que transformaban los

²⁹⁵ Saraceno es arquitecto y artista. Formó parte del International Space Studies Program de la NASA. Ha realizado numerosas exposiciones individuales en importantes instituciones internacionales, entre ellas: Museo d'Arte Contemporanea di Villa Croce, Génova (2014); K21, Düsseldorf (2013-2015); Metropolitan Museum of Art, Nueva York (2012); Maison Hermès, Tokio (2012); Hamburger Bahnhof—Museum für Gegenwart, Berlin (2011) MACRO, Museo d'Arte Contemporanea, Roma (2011); Walker Art Center, Minneapolis, EE.UU. (2009). En 2013 y en 2019 participó de la exposición central de la 53^o Bienal de Venecia.

sonidos provocados por el público y por el “polvo cósmico” que flotaba en el aire haciéndolos interactuar con los complejos tejidos de las arañas, visibles a través de unos potentes haces de luz ²⁹⁶. Saraceno, combinan su interés por la aracnología, la astrofísica, el sonido y las artes visuales, invitando al público a participar de un “concierto cósmico”²⁹⁷.

Esta obra, otras similares que el artista realizó en otros museos, presentan una situación parecida a *Wildflowers*, en las que el hecho que las flores fueran “inherentemente cambiables”²⁹⁸ impidió que esta obra fuera protegible por la ley de Copyright americana. En este caso, el problema principal sería que el autor de la idea de la “obra artística” haya sido una persona humana, pero que su ejecución sea una obra de un animal.



Título: “Instalación 'Instrumento Musical Cuasi-Social IC 342

Autor: Tomas Saraceno

Fecha: 2017

Técnica: Instalación con telas de araña y sonido

Dimensiones Variables

²⁹⁶ La exposición tuvo lugar del 7 de abril al 27 de agosto de 2017.

²⁹⁷ <https://www.buenosaires.gob.ar/museoartemoderno/tomas-saraceno-como-atrapar-el-universo-en-una-telarana> (Última consulta 6/4/2020)

²⁹⁸ “Inherently chargeable” Kelley v. Chi.ParkDist. 635 F.3d 290, 304,306 (7th Circ. 2011)

Fuente: https://elpais.com/cultura/2017/04/06/actualidad/1491512380_023042.html en el

4.3. La desmaterialización de las obras de arte

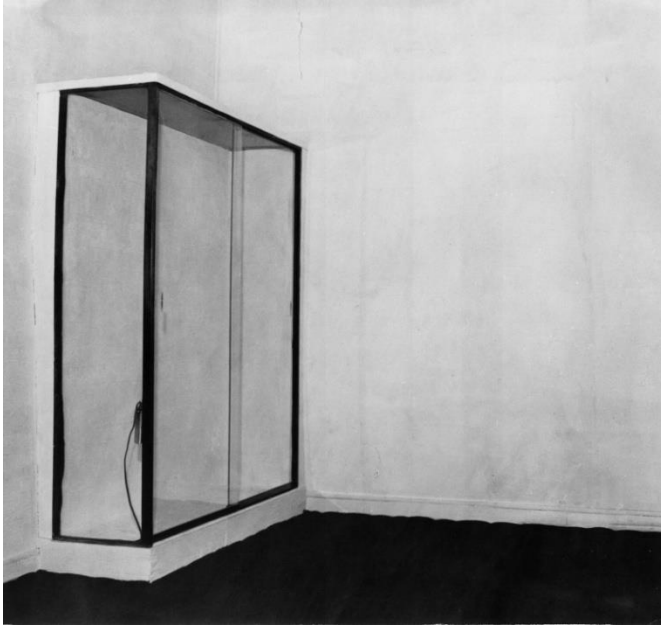
4.3.1. El vacío o la negación como “obra artística”

A continuación, veremos si un derecho que se fija solo en la forma, puede proteger un arte desmaterializado. Analicemos a continuación otros ejemplos de obras de arte conceptual que no parecen encajar en el binomio expresión de la idea-originalidad, en este caso porque a pesar de que la “obra artística” existe, pero no se ha “expresado en ningún medio o soporte, tangible o intangible”. Repasaremos las obras de tres artistas de reconocido prestigio en la historia del arte conceptualmente muy parecidas, pero de tres momentos históricos completamente distintos. Veamos en qué consisten y qué protección jurídica alberga la ley de derechos de autor para ellos.

La exposición de Yves Klein (Niza, Francia 1928 –París, Francia, 1962) *La spécialisation de la sensibilité à l'état de matière première en picturale stabilisée* mejor conocida como *Le Vide* (el vacío) tuvo lugar en la Galerie Iris Clert (París), del 28 de abril al 12 de mayo de 1958²⁹⁹. Esta exposición acaecía en una galería vacía cuyos muros estaban pintados de blanco, y a la que se accedía a través de unas cortinas del ya célebre color “Azul Klein”, con dos vigilantes vestidos con los uniformes de los Guardias de la República flanqueando la entrada y cócteles azules que se servían a los visitantes. La “idea” de Klein era profundizar en lo inmaterial y manifestar su tesis que los humanos deben despojarse de todo lo que constituye “materia”³⁰⁰.

²⁹⁹ <http://www.yvesklein.com/fr/oeuvres/view/642/la-specialisation-de-la-sensibilite-a-l-etat-matiere-premiere-en-sensibilite-picturale-stabilisee-exposition-du-vide-a-la-galerie-iris-clert/> última consulta 21 agosto 2019

³⁰⁰WEITEMEIER, H., Klein. Taschen, Colonia, 2019, p. 32



<http://www.yvesklein.com/fr/expositions/view/1158/la-specialisation-de-la-sensibilite-a-l-etat-de-matiere-premiere-en-sensibilite/>

En 2016, casi 60 años más tarde, la artista alemana Maria Eichhorn cerró la *Chisenhale Gallery* de Londres en una exposición llamada “5 weeks, 25 days. 175 hours”. Los trabajadores de la galería estarían sin trabajar des del 23 de abril al 29 de mayo, pero recibiendo su salario completo. Las llamadas quedarían sin responder y los correos electrónicos mandados a la galería durante este período eliminados sin de abrirse. La inauguración de la exposición consistió en un simposio sobre las condiciones de trabajo del momento que quedaron recogidos en la página web de la galería³⁰¹. Nada que ver en la galería durante la exposición, pero mucho que pensar. Su acuerdo especificaba que *Chisenhale Gallery* no se podría lucrar de ninguna manera durante el tiempo que durara “la exposición”.

³⁰¹Los audios del simposio pueden ser consultados en <https://chisenhale.org.uk/artists/maria-eichhorn/> (última consulta 26/03/2020)



<https://www.theguardian.com/artanddesign/2016/apr/25/nothing-to-see-here-maria-eichhorn-chisenhale-gallery>

En este caso la formalización de la obra se visualiza a través de una galería vacía, pero el concepto de la obra reflexiona sobre algo que no tiene nada que ver con Klein: La reflexión sobre el precario equilibrio entre el trabajo y el no trabajo, formalizado a través de la orden de obligar a trabajadores a olvidarse de él en el espacio y el tiempo. La obra de Eichhorn tiene otros precedentes en la historia del arte: En 1969 el artista conceptual Robert Barry dejó una nota en la puerta de *Art+Project Gallery* de Ámsterdam advirtiendo a los visitantes que la galería estaría cerrada durante su exposición³⁰² El cartel indicaba simplemente “During the exhibition the gallery will be closed”³⁰³. En 1974 Michel Asher (Los Angeles, California, EEUU1943 – Los Angeles, California,2012) eliminó uno de los muros de la Claire S. Copley Gallery, galería donde exponía para descubrir al público el trabajo desarrollado en las oficinas, al que el público, en condiciones normales, no tiene acceso³⁰⁴.

³⁰²Art & Project (1968-2001) fue una importante galería de arte contemporáneo en Ámsterdam a la vez que una revista de arte (publicada por la misma galería) entre 1968 and 1989. <https://www.wikiart.org/en/robert-barry/closed-gallery-1969>

³⁰³<https://www.wikiart.org/en/robert-barry/closed-gallery-1969>

³⁰⁴<https://frieze.com/article/thinking-space>

Santiago Sierra (Madrid, 1966) uno de los artistas españoles más cotizados en la actualidad y con más proyección internacional, precintó en 2002 la *Lisson Gallery* (una de las galerías más prestigiosas de Londres) con una barricada de metal³⁰⁵. En 2003, Santiago Sierra repitió la experiencia en su intervención en el que probablemente sea el evento de arte contemporáneo más importante del mundo: La Bienal de Venecia. Santiago Sierra, que representaba España en la Bienal y que para entonces ya era un nombre de prestigio internacional cuya obra se encontraba en numerosas colecciones y museos de todo el mundo, envolvió con plástico gris de bolsas de basura y cinta aislante el rótulo con el nombre de “España” de la entrada principal que identifica la nacionalidad del pabellón³⁰⁶. Pero “la obra” no estaba ahí: En la puerta principal de la entrada al pabellón se pedía a los visitantes que entraran por la parte posterior del edificio con su DNI español. Los guardias tenían instrucciones de no dejar entrar a nadie que no mostrara el DNI español, fuera cual fuera su prestigio o notoriedad en el mundo del arte contemporáneo. Ni los más famosos periodistas, ni los artistas más mediáticos, ni los directores de museo con más prestigio entraban en el pabellón si no acreditaban su nacionalidad española con su DNI. El enfado y la indignación de los que no podían entrar eran en realidad la reacción que buscaba el artista, cuyo objetivo era el exhibir con toda su crudeza el privilegio de la nacionalidad y orgullo nacional, temas que hoy, desafortunadamente, siguen llenando todas las portadas de nuestros periódicos. La “obra” en este caso, no se gravaba, ni se coreografiaba como una performance, ni se plasmaba en un soporte tangible o intangible, ni, por supuesto, tenía la suficiente “altura creativa” para ser considerada obra original. La “obra” en este caso no es el vacío: es el público: Cerrar las puertas a quien están acostumbrados que se abran siempre a su antojo, según declaraciones del artista³⁰⁷.

³⁰⁵<https://www.lissongallery.com/exhibitions/santiago-sierra-part-1>

³⁰⁶https://elpais.com/diario/2003/06/15/cultura/1055628002_850215.html

³⁰⁷ https://elpais.com/diario/2003/06/15/cultura/1055628002_850215.html



Puerta de entrada del pabellón de España, Santiago Sierra, 2003

<https://sdelbiombo.blogia.com/2010/041101-santiago-sierra-un-artista-tan-polemico-como-etico.php>

Estas obras aquí descritas pueden parecer poco menos que una frivolidad para cualquier persona que no esté familiarizada con el arte contemporáneo, pero todas ellas están reconocidas en el sector del arte como valiosísimas aportaciones, no por su estética, sino por su valor conceptual. Pero veamos qué hay de *obra* en todas ellas.

En el primer caso, el de Yves Klein, ¿cuál será el “objeto” plasmado en un soporte tangible, la plasmación de una idea que cuente con la suficiente originalidad? No lo será la galería vacía –en todo caso, si hubiera algo de protegible en ella, sería el proyecto de su arquitecto -no, des de luego, su pintura blanca, ni sus cortinas azules, ni los supuestos Guardianes de la República. Andreas Rahmatian coloca a esta obra, junto a los 4’33’ de John Cage, en la categoría de los trabajos artísticos que constituyen ideas creativas para los que la ley de derecho de autor no ofrece protección en ninguna de sus categorías.³⁰⁸ Respecto al trabajo de Eichhorn, ¿qué hay de protegible? No será tampoco en este caso la galería vacía, que además tiene precedentes que formalmente son iguales. Si, sin embargo, el simposio sobre condiciones laborales que tuvo lugar antes de proceder a cerrar la galería, aunque su

³⁰⁸ RAHMATIAN, A. Copyright and Creativity: The Making of Property Rights in Creative Works. Edwar Elgar Publishing, Cheltenham 2011, p.189

titularidad, si es que no se ha transferido, es de los conferenciantes, no de Elchhorn. (las alocuciones, si son originales, son propiedad de la persona que las expresa). Quizás también el cartel que se colgó en la puerta explicando la naturaleza de la obra.

En el caso de Santiago Sierra, la obra no está plasmada en el pabellón, ni si quiera en el cartel de España embalado al estilo Christo, sino una profunda y encarnizada denuncia sobre las fronteras.

En el caso de Sierra y de Eichorn, se trata de obras de marcado contenido crítico político, y, por lo tanto, es especialmente importante en este caso preservar su derecho a la libertad de expresión y de creación. Ambos artistas, sin embargo, estarán despojados de sus derechos de autor bajo la Ley de Propiedad Intelectual. No será así con los fotógrafos que fotografíen sus “obras artísticas”.

4.3.2. La experiencia como obra.

Veamos ahora otra obra de arte conceptual creada por Núria Güell (Vidreras, 1981) es una artista visual reconocida por sus proyectos artísticos de carácter político y social.³⁰⁹ Núria Güell cuestiona, a través de su producción artística, cómo los dispositivos de poder que nos afectan como individuos.

El título de una de sus obras es “Ayuda Humanitaria” (2008-2013). Mientras residía en Cuba, la artista catalana se ofreció como esposa al cubano interesado en emigrar que le escribiera «la carta de amor más bonita del mundo», pagándole los gastos de la boda, el pasaje a España y todos los trámites para obtener la nacionalidad española. Esta oferta se presentó como un concurso público, con unas bases estableciendo una serie de condiciones “interesadas” iguales -según la artista- que aquellas condiciones que se aplican habitualmente en las bases de las convocatorias de ayuda humanitaria, como que el seleccionado debía estar a disposición de la artista mientras transcurría “la obra” acompañándola, por ejemplo, a sus

³⁰⁹Nuria Güell ha realizado exposiciones individuales en el Centro de Arte Bòlit, en Girona (2020), el Musac de León (2018), Middlesbrough Institute of Modern Art (Reino Unido), Project Art Centre, en Dublín (2016) o Centre d'Art Santa Monica, en Barcelona (2015) entre muchos otros. Ha recibido numerosos premios y su obra ha sido muy ampliamente valorada y comentada por varios críticos de arte. <https://elcultural.com/revista/arte/Nuria-Guell-No-me-interesa-la-obra-de-arte-como-objeto/41149>

inauguraciones. Se pedía también al seleccionado que escribiera un diario de sus experiencias en España hasta el momento del divorcio, que también estaba contemplado en las bases y que tuvo lugar en una exposición del Van Abbenmuseum de Holanda. El director del museo actuó como notario público para notarizar las firmas del divorcio, y los costes de la legalización fueron asumidos por el museo como parte del presupuesto de producción de la obra³¹⁰. El jurado del concurso estaba compuesto por tres prostitutas cubanas³¹¹.



Portfolio Nuria Guell

<https://drive.google.com/file/d/OBwIU08Kgnf5DRHVITjZkY054cmc/view>

¿Qué es la obra en este caso? ¿La carta? ¿La “acción” de casarse o de divorciarse como una “performance”? ¿El diario de las experiencias del cubano? ¿La documentación de todo el proceso que la artista exhibe en sus exposiciones? ¿El vídeo que se muestra en sus exposiciones y en su web? ¿El certificado de divorcio que fue pagado con el presupuesto del museo dedicado a la producción artística? En otra obra de 2017 la artista logró que el Centro del Carme de Valencia le pagara con el presupuesto de producción de su obra “Afrodita” las

³¹⁰ El divorcio tuvo lugar en motivo de la exposición EL LISSITZKY, The Artist and the State

Van: 30-07-15 tot: 18-10-15
https://vanabbemuseum.nl/en/collection/details/exhibitions/?lookup%5B6040%5D%5Bfilter%5D%5B0%5D=exhibitionCode_string%3A1641

³¹¹<http://www.nuriaguell.net/projects/10.html> (ultima consulta el 15/04/2017)

cuotas de autónomo de siete meses, el tiempo mínimo necesario para tener derecho a una baja de maternidad.

Esta “obra artística” se expone como una instalación que incluye los documentos (la carta, los documentos legales, el vídeo de la boda. La instalación, como tal, podría tener una protección similar al caso “Paradís” del que hemos hablado en páginas anteriores. Igual que “Paradís” encontraba la originalidad ya que al “situar una palabra en un lugar particular y cambiándole el sentido (el autor) se expresa formalmente en una realización material original, y por lo tanto (...) la obra se beneficia de derechos de autor”, la instalación de Núria Güell podría también beneficiarse de los derechos de autor. Aunque no sea esa la pretensión de la artista, que afirma “No me interesan los *displays*, la obra de arte como objeto, y sé que se nota”³¹².

4.3.3. La obra imperceptible



Installation view of *Anonimous II*, 2009. Photo: Gene Pittman

<https://walkerart.org/magazine/kris-martin-time-death-absence>

Volvamos a Kris Martin, el polémico autor de “*Sombody*”. En 2009, Martin crea la obra *Anonimous II*, que consiste en enterrar un esqueleto de una persona anónima en el jardín exterior del *Walker Art Center* de Minneapolis. Esta obra se acompaña de un certificado que

³¹² Entrevista a Nuria Güell en El Cultural por Luisa Espino, 8 Junio 2018 (<https://elcultural.com/Nuria-Guell-No-me-interesa-la-obra-de-arte-como-objeto> ultima consulta 26/03/2020)

especifica que los restos de esta persona anónima fueron donados el 2008 al *Walker Art Center* por la artista estadounidense de origen alemán Kiki Smith (Nuremberg, 1954), a quien David Wojhnarowicz (Nueva Jersey, 1954-Nueva York, 1992) regaló el esqueleto. Los dos artistas son también conocidos por sus controvertidas obras³¹³. Martin insiste en que la obra ha sido creada con el máximo respeto: el acto de enterrar a una persona es, según Martin, un acto de veneración hacia esa persona anónima. Si este esqueleto hubiera sido convertido en un modelo didáctico en la consulta de un traumatólogo, argumenta el artista, se convertiría en un puro objeto³¹⁴. Sin embargo, el hecho de enterrarlo, como hacemos con todos nuestros seres queridos, despierta inmediatamente un contenido emocional.

¿Dónde está la obra? El certificado no es más que un documento claramente carente de originalidad estableciendo solo hechos: el origen de la donación de los restos humanos y las coordenadas del punto exacto donde supuestamente están enterrados, y los restos, por supuesto, no son visibles. En realidad, si el esqueleto fue enterrado o si este entierro nunca llegó a ocurrir es totalmente irrelevante. La obra está en las ideas y las preguntas que suscitan el *conocimiento o el relato* de la obra, no en su percepción.

Kris Martin no es el único artista que ha desarrollado algunas de sus obras alrededor del concepto o la idea de la provocación sobre el tema tabú de la muerte. Claes Oldeburg, (Estocolmo, Suecia; 1929) un famoso artista estadounidense de origen sueco y uno de los pioneros del Pop Art, le precedió cuatro décadas en octubre de 1967 con la creación de “Placid Civic Monument” (popularizado como “The Hole”) en el Central Park de Nueva York. La “obra artística” consistía en un agujero excavado en el suelo con las medidas para contener a un ataúd que formaba parte de una exposición llamada “Sculpture in Environment”. Oldenburg contrató a dos trabajadores funerarios encargados de cavar los agujeros en los

³¹³La obra de ambos artistas está muy marcada por la crisis del SIDA de los 90. Las obras de Kiki Smith gravitan alrededor del discomfort con el cuerpo humano y a menudo incluye representaciones cadáveres y secreciones del cuerpo humano. En cuanto a Wojnarowicz, su obra más conocida es “A Fire in My Belly” un vídeo en el que el artista documentó escenas violentas de Ciudad de Méjico combinadas con grabaciones en su apartamento, incluyendo su autorretrato con sus labios cosidos y un crucifijo cubierto de hormigas. En 2010 la obra fue mostrada en el National Portrait Gallery del Smitshonian y la Liga Católica inició una campaña contra el museo para retirar sus fondos públicos. El museo llegó a retirar la obra, cosa que llevó una cadena de manifestaciones por parte varios activistas y que llegó a involucrar la Asociación de Directores de Museos y la Association of Art Museum Directors y hasta llegaron a darse protestas y detenciones dentro del museo. Kiki Smith David

³¹⁴Entrevista a Martin <https://walkerart.org/collections/artworks/anonymous-ii>

17 U.S. Code § 120(a) [25]

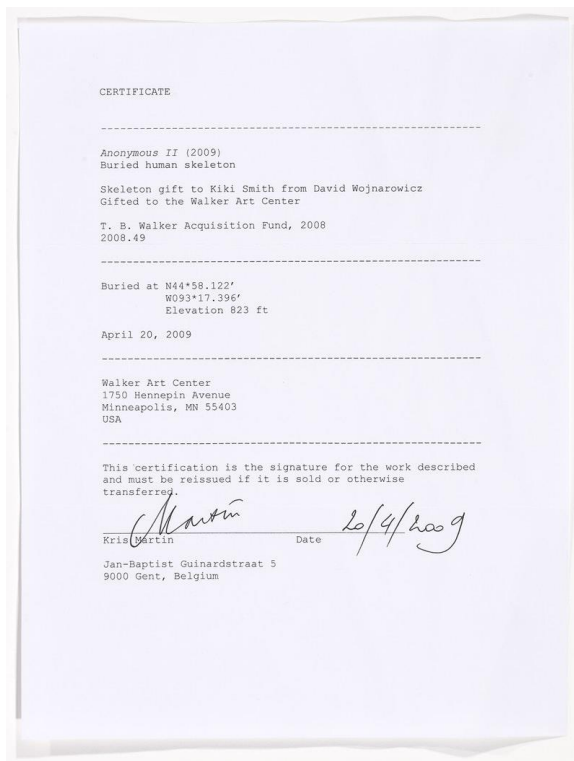
cementerios para depositar los ataúdes. La operación fue grabada por el artista y algunas horas más tarde el agujero se rellenó de nuevo³¹⁵.

Sin concepto no hay “obra artística”, y el concepto, una vez más, no es el objeto de protección de la ley de propiedad intelectual. La foto de la *Anonymous II* de Kris Martin no es más que una vista general del parque que rodea el *Walker Art Center* donde supuestamente está enterrado el cuerpo, y la única representación tangible de la “obra” es el certificado que la acompaña. Como hemos visto, la Ley de *Copyright* en los Estados Unidos protege “obras de autoría original” siempre que estén “fijadas en un soporte tangible”. En este caso la idea es original pero la fijación no, porque no hay fijación y por lo tanto no hay riesgo de infracción porque “la obra” nunca podrá ser fotografiada. La foto es solo del lugar donde supuestamente se encuentra “la obra”

Sin embargo el web del *Walker Art Center* advierte “Copyright retained by the artist” en la ficha de *Anonymous II*, que describe como “buried human skeleton” y “certificate accompanying burial”³¹⁶. Es probable que el fotógrafo de del exterior del jardín del Walker Center, Gene Pittman según la web de centro, tenga derechos de autor por su fotografía del jardín, pero según la ley del Copyright Norteamericano Kris Martin no podría ejercer sus derechos de autor sobre la reproducción ni de la fotografía del parque ni del certificado.

³¹⁵En 1997 Gabriel Orozco creó su obra “Black Kites”, una calavera humana auténtica que el artista decoró con cuidadas formas rectangulares utilizando grafito³¹⁵<https://www.gettyimages.es/detail/fotograf%C3%ADa-de-noticias/view-of-claes-oldenburgs-placid-civic-monument-fotograf%C3%ADa-de-noticias/64122452>

³¹⁶<https://walkerart.org/collections/artworks/anonymous-ii>



<https://walkerart.org/collections/artworks/anonymous-ii>

5. MÁS ALLÁ DEL ARTE CONCEPTUAL

En este capítulo hemos tomado como objeto de estudio el arte conceptual, pero existen en la historia de arte del siglo XX otros movimientos artísticos clave para entender la evolución de la Historia del Arte que también presentan problemáticas muy relevantes en cuanto a su encaje con el derecho de autor. Entre ellos, el arte minimalista: Este movimiento coincide cronológicamente con el apogeo del arte conceptual en la década de los años sesenta, pero se diferencia del arte conceptual porque en lugar de primar la idea sobre la realización y de centrarse en el proceso de creación en lugar del objeto, los artistas minimalistas crean obras plasmadas en un soporte tangible formalizándolas a través de formas muy simples o geométricas que por su austeridad y sencillez se oponen al arte expresionista y a los “excesos” de la figuración del “Pop Art”.

Otra cuestión interesante es la que plantea el arte minimalista cuando utiliza materiales industriales como material creativo, como las célebres obras de Dan Flavin (Queen, Nueva York; 1933 – Riverhead, Nueva York; 1996) creadas utilizando exclusivamente fluorescentes industriales. Los fluorescentes de Dan Flavin, como hemos visto, ya fueron objeto de

controversia en los tribunales arancelarios británicos sobre su categorización como obra de arte o simple material industrial. Des de los años 60 Dan Flavin se consolidó como uno de los artistas referentes que dejó de lado los materiales tradicionales y empezó a adoptar como medio artístico simples tubos fluorescentes fabricados de manera industrial. Las obras de Dan Flavin no solo son los fluorescentes: Forman parte ella de la su ubicación, la luz que irradian y el espacio que los envuelve con sus fenómenos ópticos. El fluorescente, la parte “tangible” de la obra, importa tanto como la luz que irradia y la manera cómo encaja en el espacio. Dan Flavin experimentó con los fluorescentes creando todo tipo de composiciones y se consolidó como uno de los artistas más importantes del siglo XX. Otros artistas como Donald Judd (Escelsior Springs, Misuri 1928-Manhattan, Nueva York, 1994) reivindicaban la luz como material artístico en la misma década³¹⁷.

Pero ¿son los fluorescentes de Flavin apagados una “obra artística”? Los fluorescentes de Flavin, tal como hemos visto en el capítulo 2, fueron objeto de un litigio que enfrentó a su exportador (una galería) y a las TVA (aduanas), que consideraron que los fluorescentes apagados no eran más que simple material industrial y por lo tanto no aplicaron la exoneración de tasas de exportación aplicables a obras de arte originales. Finalmente, la Comisión Europea emitió un reglamento relativo a la clasificación de mercancías que niega la condición a de obras de arte a obras realizadas con material industrial³¹⁸.

La otra cuestión relevante en el caso de las obras de Flavin es si los fluorescentes son intercambiables o no. Dan Flavin primaba la idea sobre el objeto físico: Para él, la obra residía en los tubos de neón y su instalación en un espacio expositivo, no en el dispositivo (los fluorescentes) apropiables por el adquiriente del soporte físico. Flavin estableció un sistema de certificados de autenticidad que incluían un diagrama de la obra un texto descriptivo y su firma, acompañada del comentario “esto es un simple certificado”. Si algún propietario le presentaba una de las obras con alguno de los fluorescentes que habían dejado de funcionar junto al certificado de autenticidad, él reemplazaba el fluorescente. Después de la desaparición del artista, las “obras” quedaron condicionadas a su soporte. Stephen Flavin, su

³¹⁷Judd i Flavin llegaron a colaborar juntos en su interés compartido por la luz como medio artístico <https://juddfoundation.org/index-of-works/untitled-1970-2/> última visita 28/03/2020

³¹⁸Reglamento (UE) n. 731/2010 de la Comisión del 11 de agosto 2010 relativo al a clasificación de mercancías.

hijo y administrador de su herencia, se opone a reemplazar los tubos obsoletos y obliga a restaurar los tubos originales³¹⁹.

De nuevo, la obra de arte y el concepto de obra protegida no coinciden exactamente. Si la forma tangible es únicamente el fluorescente, ¿es una infracción reproducir una obra de Dan Flavin apagada sin el permiso de su titular?

6. LA AUTOREGULACION: LOS CONTRATOS Y CERTIFICADOS

Cuando la Ley no da soluciones claras, el mercado del arte se auto regula. Los contratos y los certificados son el campo de experimentación que el mercado del arte ha tenido para proponer sus propias reglas y autorregularse. El certificado suele ser una descripción de la instalación artística que va acompañada de una serie de obligaciones a cargo del adquiriente del *corpus mechanicum* de la obra, convirtiéndose de esta manera en un contrato.

La desmaterialización del arte contemporáneo tiene muchas consecuencias legales que van mucho más allá del campo de los derechos de autor. Los artistas, y sobre todo los coleccionistas y las instituciones, han sabido encontrar la manera de incorporar estas obras “desmaterializadas” al mercado del arte dando a los compradores y vendedores seguridad jurídica a través de contratos y certificados. El modelo de negocio del mercado del arte se basa en vender y adquirir obras únicas. El mercado del arte se fija en el valor del *corpus mechanicum*, no en la explotación del *corpus mysticum* que ofrece la propiedad intelectual. Esta distinción entre lo material y lo inmaterial en la propiedad intelectual y su peculiar naturaleza en las artes visuales la describe con gran precisión Rafael Sánchez Arísti en su artículo “La propiedad trenzada: El juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte”. Como afirma el autor, la diferencia del resto de obras como las obras literarias y las obras musicales, en el caso de las artes visuales “la continuidad entre la obra y su soporte nunca ha llegado a quebrarse por completo, pues la obra no puede prescindir de alguna clase de substrato físico para manifestarse en el mundo de los sentidos, con independencia del

³¹⁹ ICKOWICZ, J. *Le Droit après la dématérialisation de l'oeuvre d'art*, Les presses du réel, Dijon, 2013, pp. 238-239

carácter más o menos perdurable de mismo”³²⁰. En las artes visuales, como apunta el Profesor Sánchez Aristi, la contemplación en vivo del original y del “aura” que le rodea alcanza una magnitud que no es posible en las demás disciplinas de la creación, ya que el artista ha trabajado este objeto físico con sus propias manos.

Esta presunción de la existencia de la “obra original” en la que se basa la Ley de Propiedad Intelectual en su legislación específica para las artes visuales se desvanece absolutamente cuando nos encontramos delante de una obra de arte conceptual que no cuenta con un objeto físico sobre el que determinado artista ha trabajado con sus propias manos.

Las obras de arte conceptual y las obras de arte con soporte físico, pero “impermanente”, pueden ser fácilmente replicadas³²¹. La Ley de Propiedad Intelectual responde a esta particular situación de las artes visuales con el *Droit de Suite*, o derecho de participación, cuyo objetivo es conferir a los artistas visuales otro nivel de protección a través de las reventas de sus obras bajo determinadas circunstancias, respondiendo así al modelo de negocio sobre el cual se sustentan las artes visuales, que es la venta del original. La misma *Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original* expresa esta brecha entre disciplinas artísticas en el considerando 3: “*El derecho de participación tiene como finalidad garantizar a los autores de obras de arte gráficas y plásticas una participación económica en el éxito de sus obras; este derecho tiende a restablecer un equilibrio entre la situación económica de los autores de obras de arte gráficas y plásticas y la de otros creadores que se benefician de la explotación sucesiva de sus obras.*”

En legislaciones nacionales destaca artículo 56.2 de la Ley de Propiedad Intelectual española que se basan en la presunción de la proximidad de la obra a su soporte. Como apunta Sánchez Aristi, “*es frecuente afirmar que la destrucción del soporte original de una de estas obras*

³²⁰ Este artículo fue el trabajo ganador de la primera edición del “Premio Rodrigo Uría Muréndano de Derecho del Arte” SÁNCHEZ ARISTI, R. “La Propiedad Trenzada. El Juego de lo Material y lo Inmaterial en las obras de arte” Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte. 2015, pp.23-110

³²¹ Son ejemplo de este tipo de obras el ya mencionado “Gran Error” de Ignasi Aballí, cuya ejecución (plasmación en un soporte perceptible) es realizada por un técnico de museo, o las “frases doradas” de Dora García, cuyo certificado de autenticidad es un documento con especificaciones sobre la técnica y el tipo de tipografía con el que se debe realizar la obra, o “Lights going on and off”, de Thomas Creed, como tantas otras.

*equivale a la destrucción de la obra misma; lo que –con independencia de cuánto de verdad haya en esa afirmación– nadie piensa ante la eventual destrucción o pérdida del manuscrito de una obra musical o literaria, por el simple hecho de tratarse del ejemplar originario de la misma”.*³²²

En los casos en los que nos encontramos delante de una obra de artes visuales cuyo “soporte original” no es permanente y se recrea cada vez que se ejerce el derecho de comunicación pública en su modalidad de exposición, es esencial contar con un contrato, certificado, u otro documento que garantice su “autenticidad”. Esta “autenticidad” intenta emular o replicar el mismo atributo de “autenticidad” o de valor de mercado que tendrá una obra con un soporte físico realizado por las manos del artista cuyo ejemplar original o auténtico adquiere el “aurea” insustituible de pieza única, sin duda una concepción de las obras de arte que no se corresponde en absoluto a una gran parte de manifestaciones artísticas que llenan los museos y las bienales des de la década de los 60 del siglo pasado. Cuando la obra de arte es una idea, este documento se convierte en la única prueba tangible de la existencia o “originalidad” en el sentido de “unicidad” de esta obra de arte, además de garantizar su autenticidad.

El comisario de exposiciones Seth Siegelau (Bronx, Nueva York, 1941-Basilea, Suiza, 2013), y el abogado Robert Projansky, fueron pioneros en intentar dar una respuesta a esta peculiar situación. Siegelau y Projansky elaboraron en 1971 un contrato llamado “The Artist’s Reserved Rights Transfer and Sale Agreement” que fue utilizado por artistas como Adrian Piper y Hans Haacke, entre muchos otros, pero que no consiguió extenderse de manera mayoritaria entre los artistas. Su objetivo era cambiar las relaciones de poder en el mercado del arte a favor de los artistas en un mercado informal y poco regulado, especialmente cuando los bienes que los artistas vendían eran obras “desmaterializadas”. Este acuerdo fue diseñado para el contexto artístico norteamericano, pero emulando los principios del derecho de autor europeo, como el reconocimiento de los derechos morales que garantizaban el control del artista sobre la integridad y la autoría de la obra a pesar de que la propiedad de su soporte físico fuera del comprador, llegando hasta el extremo de requerir el consentimiento del artista para exponer la obra. La redacción del contrato propiamente dicho está precedida por una parte introductoria titulada “*Information about the Use of the Agreement*” que, en

³²² "La Propiedad Trenzada. El Juego de lo Material y lo Inmaterial en las obras de arte", op. cit., p. 7.

realidad podría ser considerado un *manifiesto artístico*. El contrato y su introducción estaban diseñados en formato de póster y fue repartido por hasta 5.000 espacios de exposición formales e informales en Nueva York. Son pocos los estudios académicos que se han hecho sobre el impacto y el alcance de este contrato³²³.

Uno de los artistas que además de ser uno de los nombres claves de la Historia del Arte del s. XX más ha aportado en la historia del arte en el campo de los certificados, contratos, transacciones y la regulación de las condiciones de propiedad y de presentación pública de sus obras fue Felix González-Torres. El mismo artista elaboró estos documentos junto con Andrea Rosen, su galerista. Los certificados de Gonzalez-Torres evolucionaron de una simple página a un documento largo y elaborado. Los certificados tienen un objetivo doble: Por un lado, dar las instrucciones necesarias para mantener la integridad de las “obras artísticas” -es decir, que quien las “materialice” tenga instrucciones precisas sobre cómo hacerlo-. Por otro lado, el certificado pasa a ser parte integrante de la misma obra artística y el único documento que garantiza su existencia y titularidad.

Gonzalez-Torres creó varias obras que consisten formalmente en una montaña de caramelos como “*Untitled (Portrait of Dad)*”, que hemos analizado más arriba. En el certificado de una de ellas “*Untitled (Lover Boys)*”, de 1991 se especifica: “*la intención de esta obra es que terceras personas puedan coger caramelos del montón. Estos caramelos individuales no son una obra de arte y no pueden ser considerados una obra (...) La naturaleza de esta obra es que su originalidad se define por su titularidad, verificada por un certificado de autenticidad/titularidad*”³²⁴. En este caso el concepto de “originalidad” no se refiere al requisito de originalidad requerido por la propiedad intelectual, sino a la originalidad en el sentido de obra única. En artes visuales la presunción es que “*el mayor valor del original no depende de que la obra plástica no pueda ser reproducida, lo cual puede hacerse en la*

³²³ Entre ellos, Kaur, D. *Seth Siegelau's manifesto: A discourse analysis of The Artist's Reserved Rights Transfer and Sale Agreement* Södertörn University, School of Culture and Education., disponible en <http://sh.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A926931&dswid=7661>.

La publicación más importante sobre este y otros contratos es EICHHORN, M. *The Artist's Contract* Verlag der Buchhandlung Walther König, 2009

³²⁴ KWON, M., "The Becoming of a Work of Art: FGT and a Possibility of Renewal. a Chance to Share, a Fragile Truce" Ault, J. (ed.) *Felix Gonzalez-Torres*, Steidl/angin, New York y Göttingen, 2006, p. 294

*actualidad de manera casi perfecta*³²⁵. Pero esta afirmación, tan arraigada en la Ley de Propiedad Intelectual, no tiene cabida en las obras de arte cuya “originalidad” (de nuevo en el sentido de obra única) no está en su *corpus mechanicum* sino en su certificado de autenticidad.

Este recurso -especificar las instrucciones para su re-creación y garantizar su titularidad como “obra única” a través de un certificado - es claramente una solución motivada puramente por los intereses del mercado, que se ha autorregulado encontrando maneras de establecer seguridad jurídica en la compraventa de las obras de arte. Las instituciones y coleccionistas tienen un interés muy claro en establecer un sistema en que se certifique la “originalidad” (también aquí en el sentido de obra única) de las obras que adquieren para poder mantener y garantizar su valor de mercado. El mercado del arte ha dejado claramente establecido que el propietario de cualquier versión de “*Untitled*” es tan solo el titular de su certificado, no el propietario de la montaña de caramelos. Por lo tanto, solo el titular del certificado de “*Untitled*” podrá realizar, siguiendo cuidadosamente las instrucciones del certificado, la materialización de la obra para su exposición pública, ejerciendo por lo tanto el derecho exclusivo de comunicación pública, presumiendo que sea el titular también de este derecho de propiedad intelectual.

En España, el Artículo 56.2 de la LPI sobre “Transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales” indica, tras puntualizar en su punto 1 que el adquirente de la propiedad del soporte de la obra (el *corpus mechanicum*) no tiene ningún derecho de explotación sobre ella, que

2. (...) el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

³²⁵ BERCOVITZ ALVAREZ, G. *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997 p.70

Este artículo se refiere a “obra de artes plásticas” y está pensado para obras de arte como podrían ser pinturas, fotografías o esculturas, que no se “desmaterializan” al finalizar una exposición. Pero en el caso de Felix González-Torres, los coleccionistas u otros titulares de sus obras adquieren una idea, unas instrucciones, una obra artística cuyo soporte existe solamente cuando se ejerce el derecho de comunicación pública en modalidad de exposición.

¿Sería este artículo aplicable a obras como “*Untitled*” de Felix González Torres”? Las montañas de caramelos que forman en *corpus mechanicum* de las obras de Gonzalez Torres, cuando están materializadas en una exposición, encajan en la definición de “obras plásticas”, u obras de artes visuales, para usar la terminología más actualizada en el sistema del arte.³²⁶ Pero dado que esta obra no tiene forma tangible hasta que se ejerce el derecho de comunicación pública, no está claro que el propietario del certificado tenga el derecho de comunicación pública si este certificado no mencionara nada al respecto.

En el caso de las obras de Gonzalez-Torres, cualquier acto de reproducción, distribución o comunicación pública (en cualquier modalidad de explotación ya sea reproducción y distribución para la realización de un catálogo o bien comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición) tendrá que ser autorizada por el titular de los derechos de autor de Felix Gonzalez Torres, en este caso la *Felix González Torres Foundation* que controla su legado.

Además, las instrucciones establecidas por Felix González-Torres para la realización de su obra a no son siempre estrictas: En el certificado de “*Untitled*” (*A Corner of Baci*), de 1990, el artista detalla el material que se debe utilizar para realizar la instalación (bombones *Perugina Baci*), y su cantidad ideal, pero el certificado también permite algunas variaciones. “*Si estos bombones no están disponibles, bombones similares conteniendo mensajes de amor pueden ser utilizados.*”³²⁷. Los certificados de autenticidad de las obras de Felix González-Torres se

³²⁶ La Ley de Propiedad Intelectual española no ofrece ninguna definición de “obra de artes plásticas”, pero Sánchez Arísti nos recuerda en “La propiedad Trenzada” *El propio vocablo “plástico” o “plástica”, procedente del griego πλαστική, implica la habilidad o la aptitud para modelar o cambiar la forma de la materia, según se predique del sujeto que desarrolle ese arte o del objeto sobre el que se practique. El creador plástico puede actuar sobre cualquier clase de materia, o, dicho de otro modo, cualquier material, supuesta que sea su plasticidad (por escaso que sea el grado en que ésta se manifieste), resulta susceptible de ser empleado por un creador de las artes plásticas”* (p. 16)

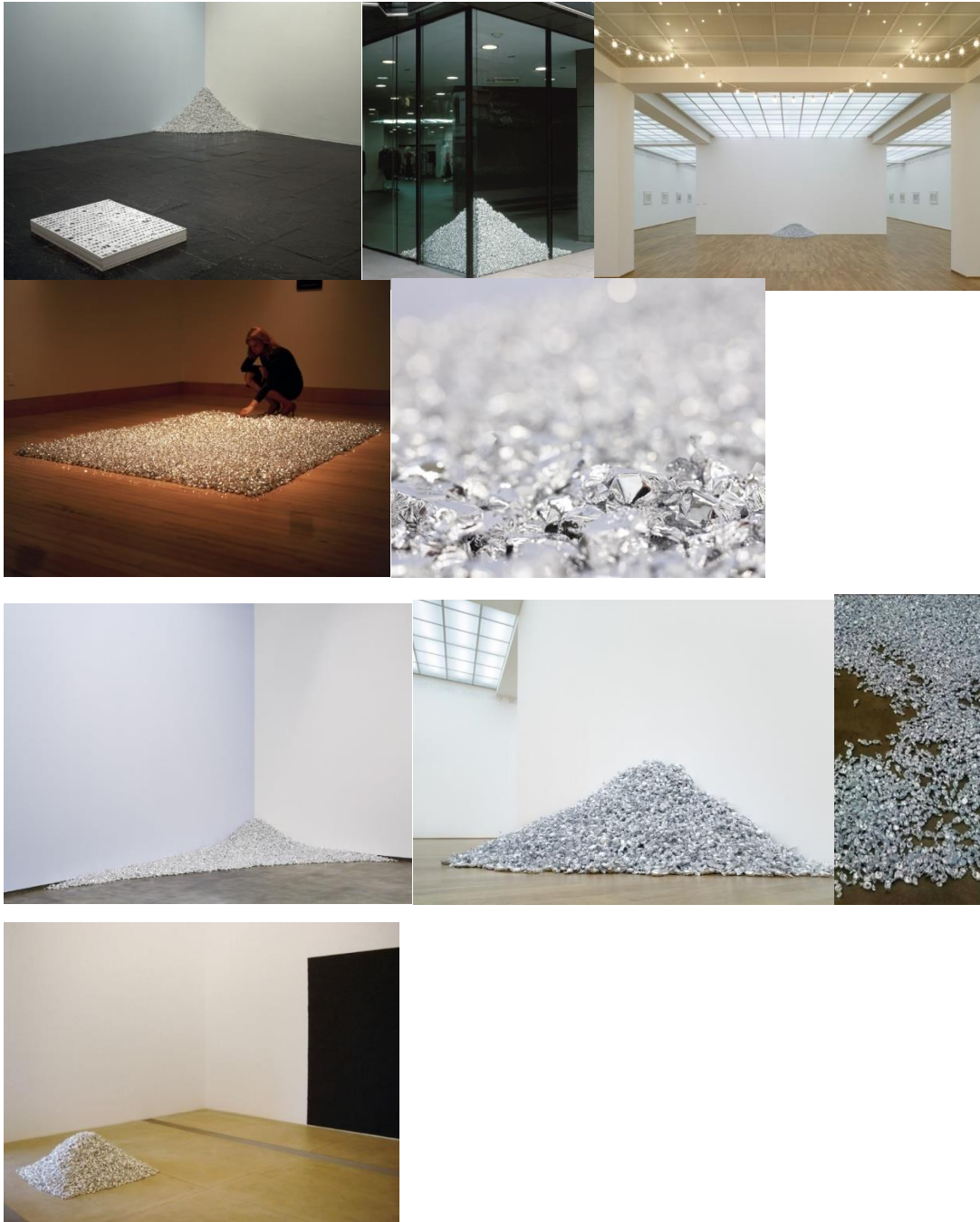
³²⁷ “The Becoming of a Work of Art: FGT and a Possibility of Renewal. a Chance to Share, a Fragile Truce”, op. cit., p. 279

distinguen por la variabilidad de opciones que da a los compradores sobre sus “obras artísticas”. La libertad que confieren para la configuración de las obras obliga a las instituciones a tener que preguntar a la *Felix González-Torres Foundation* sobre las normas de interpretación de estos certificados, dando la impresión de que este artista sacrificó o reemplazó en parte su autoría sobre sus obras ³²⁸. La dicotomía entre la idea y la expresión de la idea se disipa en este artista, tal como brillantemente se describía en título de una de las mejores exposiciones que se han dedicado a este artista “Objetos específicos sin forma específica”³²⁹. La mayoría de los certificados de Gonzalez-Torres no contienen obligaciones absolutas, solo condiciones cuyo cumplimiento es opcional, ya que la “obra” es la idea y no su manifestación física³³⁰. En la mayoría de certificados de Gonzalez-Torres se describen las condiciones “ideales”, no “requeridas”. Esta indefinición traslada al titular de la obra la responsabilidad de tomar decisiones que tienen un impacto importante en la materialización de la obra. La idea es un montón de bombones dispuestos en una montaña. La expresión de la idea, que entre otras cosas implicará decisiones sobre qué tipo de bombones, puede ser completamente diferente según como se materialice o quien la interprete, tal como se puede ver en la página web de la Fundación titular de los derechos del artista:

³²⁸ KEE, J. "Felix Gonzalez-Torres on Contracts", *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 26, Issue 3 , Spring2017, p.518

³²⁹ “Felix González-Torres; Specific Objects without Specific Form” fue una exposición que se pudo visitar entre 2010 y 2011 en tres sedes: WIELS Contemporary Art Centre, en Bruselas; Fondation Beyeler, en Basilea; y MMK Museum für Moderne Kunst, en Frankfurt, comisariada por Elena Filipovic junto a conocidos artistas como Danh Vo, Carol Bove y Tino Sehgal

³³⁰ "Felix Gonzalez-Torres on Contracts", op cit, p. 524



Título: ""Untitled" (Lover Boys)

Autor: Felix González-Torres

Fecha: 1991

Técnica: caramelos envueltos en papel plateado que pueden ser repuestos según van siendo recogidos por los visitantes. Peso ideal 355 libras

Dimensiones variables según la instalación

© 2002-2020 Felix González-Torres Foundation

<https://www.felixgonzalez-torresfoundation.org/works/untitled-lover-boys>

Los certificados pueden llegar a ser contratos si implican obligaciones por el adquiriente, pero estas protecciones solo obligan a las partes contratantes. A pesar de ofrecer una protección mucho menor que la Ley de Propiedad Intelectual, muchos artistas han recurrido a los certificados de autenticidad para ejercer el control sobre sus obras. Artistas conceptuales como Daniel Buren (Boulogne-Billancourt, Hauts-de-Seine, Francia 1938) empezó utilizando el *Artist's Reserved Rights Transfer and Sale Agreement* y posteriormente adoptó métodos propios y bastante complejos, para controlar la autenticidad de sus obras³³¹. Des de 1972 Buren formaliza las transacciones de sus obras a través de un documento al que llama "avertissement" que limita las prerrogativas del comprador con el objetivo de controlar los derechos exclusivos del artista, especialmente la reproducción y la comunicación pública de la obra en la modalidad de exposición, y obliga entre otros al adquiriente a informar de quien es el nuevo adquiriente o cesionario, si lo hay³³². El texto del "avertissement" reproduce algunas de los derechos que el derecho de autor ya le concede, es decir, convierte una obligación concedida por ley en una obligación contractual y prohíbe la atribución de la obra adquirida a Daniel Buren si se incumple alguna de las cláusulas³³³.

La "desmaterialización" del objeto de arte y la irrupción en el mercado del arte de "obras" que no están creadas por las manos del artista han dado lugar, ya des de los años setenta, a la aparición instrumentos jurídicos que garantizan la originalidad y la unicidad de las obras de arte, como hemos visto. El certificado que acompaña la obra llega a ser en ocasiones más importante que la misma "obra". En ocasiones la "obra" no existe sin certificado, y su adquisición consiste solamente en la adquisición del certificado. Es el caso del "Vaso de Agua Medio Lleno": El comprador de esta obra en ARCO no incorpora un vaso de agua en su

³³¹ DE WERRA, J., "L'authentification des oeuvres d'art et le droit de la propriété intellectuelle" en Renold, Marc-André, Gabus, Pierre et de Werra, Jacques (ed.) *L'expertise et l'authentification des oeuvres d'art*, Schulthess, Ginebra, 2007, p.107

³³²d) *le possesseur du présent avertissement cédant l'œuvre qui y est décrite doit simultanément déclarer à Daniel Buren les nom et adresse du cessionnaire afin que ce dernier reçoive un nouvel avertissement dont il devra signer le coupon détachable, faute de quoi le possesseur du présent avertissement ne pourrait prétendre avoir cédé une ouvre attribuée à Daniel Buren ; <https://danielburen.com/bibliographies/2/6>*

³³³ i) *tout manquement aux clauses du présent avertissement entraîne immédiatement et automatiquement l'interdiction absolue d'attribuer l'œuvre qui y est décrite à Daniel Buren ; i) tout manquement aux clauses du présent avertissement entraîne immédiatement et automatiquement l'interdiction absolue d'attribuer l'œuvre qui y est décrite à Daniel Buren ;*

colección: Incorpora un certificado que le permite materializar de manera exclusiva “un Wilfredo Prieto”. Ningún museo o coleccionista podrá exhibir la obra “Vaso de Agua Medio Lleno” si no cuenta con el certificado de compra. Los certificados también son necesarios cuando el artista utiliza objetos industriales como medio de expresión artística (los “readymades”). Algunas adquisiciones de obras de arte por parte de los museos no son más que certificados firmados por el artista acompañados de gráficos e instrucciones para su realización, y no incluyen ningún objeto tangible. El objeto, la obra tangible solo se materializa cuando los técnicos del museo o de la colección ejecutan las instrucciones, y una reproducción exacta de esta obra sin que su propietario tenga el certificado es una falsificación. Este es el caso también de “Gran Error”, de Ignasi Aballí cuya obra no ejecuta el artista.

Estos certificados, para dar más garantías de autenticidad, suelen estar firmados por los artistas, o incluso escritos de su puño y letra, como es el caso del artista Hans Peter Feldmann (Düsseldorf, Alemania, 1971)

Algunos certificados como el de Dora Garcia (Valladolid, 1965) y sus “frases de oro” (2003) son especialmente interesantes. Las “frases de oro” son frases cortas, escritas en pan de oro con tipografía Helvética Bold y aplicadas directamente sobre la pared³³⁴. Una de ellas es “LA REALIDAD ES UNA ILUSIÓN MUY PERSISTENTE”³³⁵. Esta frase se atribuye a Albert Einstein, pero a pesar de su profundo significado su sencillez formal nos hace cuestionar si cumple los requisitos para ser considerada una obra objeto de la propiedad intelectual. El TJUE nos recordaba en Infopaq que “No puede descartarse que determinadas frases sueltas, o incluso algún elemento de las frases que integran el texto de que se trate, puedan transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación”³³⁶. En aquel caso se trataba de once palabras. En el caso que nos ocupa, son siete, y, además, se trata de una frase atribuida a un famoso personaje cuyos derechos propiedad intelectual todavía no han pasado al dominio público en la mayoría de las jurisdicciones³³⁷. Podríamos cuestionarnos en este caso si es más apropiado

³³⁴ Otras frases de oro son “Hay un agujero en lo real” o “La diferencia entre ordinario y extraordinario está en esa cosita extra”

³³⁵ Esta obra es propiedad de la colección Cal Cego, titular del certificado de autenticidad.

³³⁶ Infopaq TJUE 16/7/2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, (pfo. 47)

³³⁷ Albert Einstein falleció en 1955. En los países donde el derecho de autor expira después de 70 años de la muerte del autor, sus obras entrarán en el dominio público en 2025. En España, para los autores fallecidos antes

intentar conseguir su protección como obra literaria. La obra de arte se encuentra como en tantas obras de Dora García en la idea, en efecto extraordinario que causan unas palabras ordinarias en el pensamiento del lector, en su materialización en pan de oro en un muro. La propiedad de esta obra se transmite a través de un certificado firmado por la artista y su galerista cuyo contenido es el siguiente: El nombre de la artista, la fecha de creación (2003), la frase, la técnica en la que debe ser reproducida (pan de oro), en Tipografía *Helvetica Bold*, la indicación de que se trata de una pieza única y que son posibles todas las medidas e idiomas. El titular del certificado será el único que podrá ceder la obra para ser instalada en cualquier museo o institución, pero los derechos de autor siguen siendo de Dora García. Si esta instalación se reprodujera por un tercero sin consentimiento, se produciría una situación paradójica: Su préstamo tiene que ser autorizado por la colección Cal Cego, pero al no haber obra física, su materialización implica el ejercicio de reproducción y comunicación público de los derechos de autor, que, aunque no están cedidos en el certificado de manera explícita, son necesarios para poder materializar la “obra”. Sin embargo, si aplicamos la Ley de Propiedad Intelectual a este caso, el artículo 56,2 de la LPI confiere el derecho de exposición pública “*al propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica (...) salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original*”. Dado que este derecho no está excluido en el acto de enajenación, la colección Cal Cego -y no Dora García- será la titular de este derecho, a no ser que consideremos que nos encontramos delante de una obra literaria en lugar de una obra de artes plásticas, cosa que, aunque jurídicamente pueda parecer acertado, sería una aplicación de la Ley a un supuesto de hecho de las artes visuales absolutamente forzado y antinatural.

7. PROTECCIÓN ALTERNATIVA AL DERECHO DE AUTOR

Autores como Eduard Treppoz se han cuestionado sobre cuál es el alcance de otros posibles marcos legales como la protección de la propiedad industrial, ya sea a través de las patentes o de las marcas, si el arte contemporáneo se aleja cada vez de su marco de protección natural,

del 7 de diciembre de 1987, la fecha de entrada en vigor del TRLPI, se aplica una duración de 80 años post mortem auctoris previsto en la Ley de Propiedad Intelectual de 1879

que es el derecho de autor³³⁸. El diseño industrial puede permitir una cierta porosidad entre arte e industria dando lugar la convivencia de los derechos que llevan a los artistas a protegerse como inventores protegiendo la técnica en lugar de la forma. Es el caso de Yves Klein, que en 1960 obtuvo una patente sobre sus “Antropométries” que fue protegida como un procedimiento de decoración y creó el *Internacional Klein Bureau* para realizar sus cuadros monocromos. Duchamp registró una marca, para proteger sus *Rotorielefs*, discos ilustrados para rotar en un tocadiscos creando un efecto óptico.

La cuestión sobre si un color puede ser protegido por la propiedad intelectual no es solo una pregunta de laboratorio: El artista británico de origen indio Anish Kapoor (Bombay 1954) y Stuart Semple (Bournemouth, Reino Unido, 1980) protagonizaron una remarcable controversia sobre la propiedad de un color: Kapoor es un artista muy conocido que trabaja principalmente buscando los efectos y las posibilidades de los pigmentos como medio de expresión artística³³⁹. Una de sus líneas de investigación artística era conseguir el “negro más negro” para realizar sus creaciones. Para ello, llegó a un acuerdo con *Surrey Nanosystems*, una empresa de investigación científica que inventó el *Vantablack*, un pigmento que absorbe el 99,96% de la luz cuya aplicación trasciende lo artístico y tiene usos militares³⁴⁰. Kapoor adquirió los derechos exclusivos para el uso artístico del *Vantablack* a través de una licencia con *Surrey Nanosystems*. La reacción de la comunidad artística a esta licencia, que consideraba una usurpación éticamente cuestionable del “Blackest Black”, fue considerable³⁴¹. Stuart Simple reaccionó a la “usurpación” del pigmento por parte de Kapoor

³³⁸ TREPPOZ, E. "Quelle(s) Protection(s) Juridiques pour l'Art Contemporain?" *Revue International Droit d'Auteur*, Vol. 209, 2006

³³⁹ Anish Kapoor es un artista tan icónico que algunas de sus obras se reproducen en las páginas del pasaporte británico, que está dedicado al “Reino Unido creativo”: Su obra aparece junto a William Shakespeare, el metro londinense, la arquitectura de Giles Gilbert Scott o el arte de John Constable. Entre las obras de Kapoor reproducidas en el pasaporte destaca “Orbit”; la mayor escultura pública del Reino Unido que alcanza los 115 metros de altura, creada para conmemorar los Juegos Olímpicos de 2010.

³⁴⁰ <https://www.dezeen.com/2020/03/12/anish-kapoor-vantablack-art-venice-architecture-biennale-2020/>

³⁴¹ Son muchos los artículos que se publicaron describiendo la indignación de los artistas. A tituli de ejemplo, Munzenreider, Kyle, “The Words “Blackest Black” and the Hilarious Artist Feud Behind it”, *W magazine*, 4 abril 2017, disponible en <https://www.wmagazine.com/story/anish-kapoor-stuart-semple-blackest-black/#:~:text=British%20artists%20Anish%20Kapoor%20and,be%20inspiring%20some%20scientific%20breakthroughs>. (ultima consulta 10/11(2020) o Delaney, Brigid 'You could disappear into it': Anish Kapoor on his exclusive rights to the 'blackest black', en *The Guardian*, 26 septiembre 2016

creando otra versión del “Blackest Black”, y además una versión del Pinkest Pink”, pero al contrario de Kapoor, puso los dos pigmentos a disposición de todos los artistas con la excepción de Kapoor. El comprador de cualquiera de los dos pigmentos tiene que firmar una declaración responsable certificando que el pigmento no llegará a manos del artista³⁴². Parece ser que Semple trabajó con los químicos para crear el color mientras que Kapoor solo obtuvo su propiedad a través de una licencia en exclusiva, pero los acuerdos entre los dos artistas y las empresas fabricantes no han trascendido.

Por lo menos en Estados Unidos la jurisprudencia ha aclarado que deja claro que un color, por sí solo, no puede ser protegido por el derecho de autor³⁴³. El derecho de marca tampoco es una posibilidad de protección de un color según la regulación marcaria norteamericana, a menos que este sea “inherentemente distintivo” identificando un origen particular o haya adquirido un sentido secundario y no sea funcional, es decir, que su inclusión no tenga una finalidad estética. Para los artistas, el color es siempre funcional porque tiene una función estética³⁴⁴. Las marcas, permiten asociar símbolos o palabras con el fabricante de un bien o el proveedor de un servicio. Las marcas, al contrario que el derecho de autor, no tienen el objetivo de proteger o incentivar la creatividad sino de dar seguridad jurídica a los fabricantes de bienes y servicios y al mismo tiempo conferir seguridad al consumidor sobre el origen de los productos que consume.

<https://www.theguardian.com/artanddesign/2016/sep/26/anish-kapoor-vantablack-art-architecture-exclusive-rights-to-the-blackest-black> (ultima consulta 10/11/2020), o Eileen Kinsella, “Sorry, Anish Kapoor: MIT Scientists Made the Blackest Black Ever Invented, and an Artist Just Used It to Do Something Magical”. Artnet news, 17 septiembre 2019 <https://news.artnet.com/exhibitions/diemut-strebe-diamond-1653130> (última consulta 10/11/2020)

³⁴² En la página “Culture Hustle” de Stuart Semple se puede adquirir el “negro mas negro” y el “rosa mas rosa”, pero el comprador tiene que aceptar esta certificación: “*By adding this product to your cart you confirm that you are not Anish Kapoor, you are in no way affiliated to Anish Kapoor, you are not purchasing this item on behalf of Anish Kapoor or an associate of Anish Kapoor. To the best of your knowledge, information and belief this paint will not make its way into that hands of Anish Kapoor.*” <https://www.culturehustle.com/collections/cult-artist-materials/products/pink-50g-powdered-paint-by-stuart-semple>

³⁴³ En el segundo circuito del tribunal federal dos creadores de colchas que mostraban similares disposiciones de las letras del alfabeto se enfrentaron sobre la presunta copia de la disposición de las letras y el color. La sentencia es clara “color by itself is not subject to copyright protection” *Boisson v. Baniyan, Ltd*, 273 F.3d 262, 271 (2d Cir. 2001),

³⁴⁴ Saucier, Adelaide “Color Blocking: How to Protect a Color” Center for the Art Law, 10 abril 2019. Disponible en https://itsartlaw.org/2019/04/10/color-blocking/#_edn4 (ultima consulta 10/11/2020)

La manera más segura de proteger un color es a través de la patente. Yves Klein depositó en 1960 la fórmula de su pigmento insignia “International Klein Blue” en un *Soleu Envelope*, que registra la fecha de la invención³⁴⁵. Casi todas las obras de Klein están hechas únicamente con este icónico color.

Treppoz rechaza la validez de las patentes para proteger las obras de arte cuando el derecho de autor no alcanza a conferir su protección, porque las creaciones estéticas no son invenciones. Puede que algunas Las obras que aportan soluciones técnicas a problemas técnicos pero pocas obras podrán satisfacer las condiciones necesarias. En cuanto a las marcas, reconoce que la protección de las marcas podría ser adecuada para algunas obras como los monocromos de color International Klein Blue, pero concluye que tanto las marcas como las patentes tienen una función utilitarista, la marca protegiendo los intereses de los consumidores y la patente un interés general, pero estas protecciones no son compatibles con la creación artística. La lógica del arte no puede ser la de la propiedad industrial³⁴⁶. Las marcas, como ya hemos visto en ocasión del análisis de la posible protección de un pigmento, al contrario que el derecho de autor, no tienen el objetivo de proteger o incentivar la creatividad sino de dar seguridad jurídica a los fabricantes de bienes y servicios y al mismo tiempo conferir seguridad al consumidor sobre el origen de los productos que consume³⁴⁷.

8. REFLEXIONES FINALES

8.1. La distancia entre la “obra artística” y la *obra* protegible por la Ley de Propiedad Intelectual.

El objetivo de la Ley de Propiedad Intelectual (y concretamente de los derechos de autor) es, por lo que respecta a los derechos patrimoniales, promover la creatividad otorgando a los autores de obras artísticas, científicas y literarias las herramientas para poder proteger y sacar rendimiento económico los usos de sus obras. Por lo que respecta a los derechos morales, el

³⁴⁵ Parece ser que Klein nunca llegó a patentar propiamente el International Klein Blue. Si que patentó en marzo de 1960 un método a través del cual dirigía sus modelos que esparcían el color con sus cuerpos creando las obras sin su intervención.

³⁴⁶. "Quelle(s) Protection(s) Juridiques pour l'Art Contemporain?", *Op. Cit.*, 50-68

³⁴⁷ Ver apartado 3.1.4.

objetivo de la Ley de Propiedad Intelectual es proteger como mínimo los derechos de paternidad e integridad de las obras³⁴⁸. Si la definición de *obra* excluye a algunas obras artísticas del arte conceptual, un movimiento esencial e innovador en la historia del arte del siglo XX y que sigue siendo fundamental en el siglo XXI, la finalidad de esta Ley se desvanece. *“El Derecho ha de adaptarse a la novedad con la que el pensamiento se transforma y que, si no, la pretendida finalidad con la que nacieron estas normas se desvanece”*, afirman Luis A. Anguita Villanueva y Héctor S. Ayllón Santiago³⁴⁹.

Hemos visto que no todas las “obras artísticas” son obras protegibles por la Ley de Propiedad Intelectual. En la definición del concepto de obra protegible por la Ley de Propiedad Intelectual muchas legislaciones nacionales incluyen el concepto de “obra artística” entre los requisitos necesarios para que una obra pueda ser protegible: Es el caso de la Ley de Propiedad Intelectual española que en su artículo 10 anuncia *“Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas (...)”* y le sigue una extensa lista de creaciones protegibles.

La jurisprudencia ha dejado claro en numerosas ocasiones que la *obra* se protegerá si es original sin tener en cuenta su valor o destreza, pero hay casos en que los tribunales han hecho una interpretación muy elástica de lo que puede ser considerado una obra artística para conferir la protección de la Propiedad Intelectual a algunos objetos que poco tienen que ver con las creaciones artísticas: En el Reino Unido, por ejemplo, un fabricante de sandwicheras, *Breville Europe*, pudo proteger las formas de los moldes como obra escultórica³⁵⁰. Los moldes fueron considerados esculturas según el Copyright Act 1956, sección 48(1) que define "escultura" como “cualquier modelo o molde realizado con el propósito de hacer una

³⁴⁸ Así es en países signatarios del convenio de Berna, que establece en el art 6 bis 1) *Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. En Europa Continental, además, estos derechos son intransferibles e inalienables.*

³⁴⁹ *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad Intelectual: Puentes, parques, perfumes, senderos y embalajes*, Op. Cit., p. 95.

³⁵⁰ *Breville Europe v Thorn EMI Domestic Appliances Ltd: ChD 1995*

escultura. El juez consideró que, si el derecho de autor puede existir independientemente de su cualidad artística, los moldes eran susceptibles de protección.

Del análisis de las obras que hemos visto en las páginas anteriores se desprende claramente que la normativa vigente de derecho de autor sea cual sea la jurisdicción en la que nos encontremos, carece de mecanismos de protección para la totalidad de las obras de arte contemporáneo, y en concreto deja fuera de su alcance de protección una gran parte de las obras de arte conceptual. Si la legislación de la Ley de Propiedad Intelectual ofrece su protección a una tostadora como hemos visto en *Breville Europe*, pero deniega su protección a *Wild Flowers Works* de Kelley, es que ha dejado de tener en cuenta como objeto de protección a gran parte de los supuestos de hecho de las artes visuales contemporáneas, y no considera que sus autores deban tener sobre sus obras artísticas los derechos exclusivos que la Ley de Propiedad Intelectual confiere a los titulares de sus *obras*.

Si el objetivo del derecho de autor era incentivar la creación, proteger los derechos fundamentales de los artistas promoviendo la libertad de expresión y de creación, y dotar a los creadores de derechos morales sobre sus obras, no parece adecuado que la definición de obra protegida de esta misma tenga como consecuencia despojar de estos derechos a una gran parte de los artistas que configuran la creación contemporánea.

Nombres como Yves Klein, John Baldesari, Lawrence Weiner y todos los demás artistas mencionados en este capítulo pueden resultar poco o nada conocidos en el ámbito jurídico, pero entre el sector de la historia del arte son los nombres que ya se han convertido en canon de la historia del arte del siglo XX. Sin embargo, muchas de las obras de estos artistas no encajan dentro del concepto de *obra protegible* según la ley de propiedad intelectual. Parece que la Ley presume o espera la existencia de otro tipo de “obras” para las artes visuales y no otorga a este tipo de trabajos artísticos la protección de *obra* por no considerarlo necesario.

No es coherente con la Ley de Propiedad Intelectual dejar fuera de protección a las obras que resultan del esfuerzo creativo de los artistas que rompiendo con los formatos tradicionales han innovado el lenguaje del arte visual con nuevos formatos y discursos fundamentales en la historia del arte y que desde principios del siglo XX cambiaron para siempre la teoría del

arte, el mercado y el discurso de las instituciones cuyo mandato es promover el conocimiento de las artes al público.

Arthur C. Danto, uno de los más conocidos filósofos del arte de la posmodernidad, sentó los fundamentos para la llamada “definición institucional del arte” explicando que “Brillo Box”, una de las más famosas obras de Andy Warhol, no era discernible de ninguna manera cuando se exponía en las galerías de NY de la caja real de jabón que se vendía en los supermercados. ¿Como se podía saber entonces la diferencia entre una obra de arte y un objeto funcional? Porque la caja que se encuentra en la galería tiene significado, es una idea, y la del supermercado no. Y es el “sistema del arte” el que ha conferido al “Brillo Box” de la galería ese significado³⁵¹.

En la teoría del arte, una obra de arte es tal por razones contextuales desde, por lo menos, mediados de la década de los 60. En propiedad intelectual, la *obra* se analiza como un objeto autónomo, descontextualizado, completo en sí mismo, se verifica si su “expresión” encaja en el concepto de originalidad sin tener en cuenta su contexto o si se recibe como arte en determinadas circunstancias. El derecho de autor, la propiedad intelectual literaria y artística que debería imponerse como marco natural para la protección del arte no ofrece a los creadores de las obras que se alejan del formato tradicional las mismas protecciones que a los creadores cuyas obras encajan en el marco formal clásico.

La Ley de Propiedad Intelectual no puede atribuir su desconexión con el arte contemporáneo por un cambio reciente del arte como objeto de protección. Esta desconexión de la doctrina, legislación y jurisprudencia respecto al campo de las artes visuales empezó hace ya más de 100 años con la creación de “Fountain”, la obra de Marcel Duchamp que, como hemos dicho con anterioridad, es considerada de manera unánime una de las obras fundamentales del siglo XX y que sin embargo jurídicamente, podría no ser considerada una obra. No se trata pues de una cuestión de conceder el tiempo necesario a la legislación y jurisprudencia para adaptarse a los cambios. Uno de los objetivos de las múltiples revisiones de las distintas legislaciones sobre propiedad intelectual ha sido la voluntad del legislador para adaptar los objetos del derecho a las nuevas categorías de creación intelectual adaptando lo analógico a

³⁵¹ “After the End of Art and the Pale of History”, op. cit.,

lo digital Para que el arte conceptual pueda ser considerado “objeto” de la propiedad intelectual, el derecho de autor debe dejar de centrarse en la obra de artes visuales como objeto del derecho respondiendo solo a los parámetros del siglo XIX. De lo contrario, la distancia entre “obra protegible” y “obra artística” se convertirá en una brecha que alejará a la comunidad artística del marco de protección legal que, en principio, debería conferirle con las herramientas necesarias para proteger su obra.

8.1.1. La falta de definición de obra artística

El concepto de “obra artística” no se corresponde a ninguna definición legal. El problema de encaje de muchas obras de arte contemporáneo que exceden las categorías tradicionales de pintura o escultura es que, a pesar de ser obras artísticas, no caben dentro de los marcos establecidos por las legislaciones, bien por no cumplir los requisitos de originalidad o fijación, pero también por no encajar dentro de ninguna de las definiciones taxonómicas de la ley. Algunas legislaciones como la inglesa, como hemos visto en el caso de *Breville Europe* especifican que los trabajos artísticos se protegerán “irrespective of artistic quality”³⁵². Cada vez que un tribunal se encuentra con la pregunta si una obra artística cumple los requisitos para ser considerada obra protegible por la Ley de Propiedad Intelectual, los tribunales tendrán que interpretar la ley para ver si la obra artística cumple con los requisitos para ser considerada obra protegible, intentando mantenerse neutrales y sin emitir ningún juicio artístico. Artistas que crean obras que no están recogidas en los listados taxonómicos de las legislaciones (videoarte, performance, land art..) no encontrarán ningún epígrafe que acomode fácilmente sus creaciones en la ley de propiedad intelectual.

El arte contemporáneo, con su diversidad de formatos, se encuentra con una creciente dificultad de encaje en la taxonomía de las disciplinas. ¿Podría ser *Pure Beauty* de Baldessari protegido como una obra literaria? Una Ley que nos obligara a escapar del ámbito natural de cada una de las disciplinas para conseguir encajar su objeto de protección no sería la solución más óptima. Las diferentes legislaciones de derechos de autor suelen enumerar, aunque sea a título de ejemplo diferentes categorías.

³⁵² Copyright Designs and Patents Act 1988 (CDPA) (4 (2))

El Convenio de Berna en su artículo 2(1) especifica que el término “obras literarias y artísticas” comprende *“todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”*.

El Abogado General en Cofemel describe esta situación con claridad. *A este respecto, es preciso señalar que, incluso a nivel nacional, es extremadamente difícil, sino imposible, concebir una definición abstracta, capaz de abarcar la multitud de objetos altamente diferentes que pueden ser protegidos por el Derecho de autor y de excluir al mismo tiempo los que no lo son. A lo sumo es posible elaborar una lista, necesariamente no exhaustiva, de los ámbitos de creación en los que el Derecho de autor puede aplicarse, tal como se ha llevado a cabo en el artículo 2, apartado 1, del Convenio de Berna*³⁵³.

Algunas jurisdicciones como la inglesa cuentan en su legislación con una lista cerrada de disciplinas creativas, y solo las creaciones que encajan en alguna de las categorías previstas pueden contar con la protección del derecho de autor³⁵⁴. Aunque una reciente sentencia reciente en Inglaterra reconocía unas instrucciones para la producción de un estampado textil como una obra artística³⁵⁵, estableciendo una interpretación muy generosa del concepto de

³⁵³ Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, 2 de mayo de 2019 Asunto C-683/17; Cofemel — Sociedade de Vestuário, S.A.v. G-Star Raw CVAG Cofemel ECLI:EU:C:2019:363. párrafo 23

³⁵⁴ Copyright Designs and Patents Act 1988 (CDPA) (1) Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work—(a)original literary, dramatic, musical or artistic works,

³⁵⁵ En *Abraham Moon v Thornber and Ors* EWPC 37 (2012) una empresa que se dedicaba a la creación de estampados con clientes del prestigio de Ralph Lauren o Dolce Gavanna denunció a su competidor por la creación de un estampado substancialmente similar al original alegando que las instrucciones para la creación de este estampado se pueden proteger no solo como obra literaria sino también como obra artística

“obra artística”. Shane Burke, en *Copyright and Conceptual Art*, opina que esta decisión no tendría por qué garantizar las instrucciones de una de las obras de LeWitt.

El Congreso de los Estados Unidos enumera ocho categorías (1) obras literarias, (2) obras musicales, (3) obras dramáticas, (4) coreografías y pantomimas, (5) obras pictóricas, gráficas y escultóricas, (6) obras audiovisuales, (7) grabaciones musicales, and (8) obras arquitectónicas³⁵⁶ entre ellas pinturas, esculturas, obras arquitectónicas, fotografías³⁵⁷.

Las obras de arte contemporáneo no encajan siempre solo en una de estas formulaciones. Algunos de los ejemplos de creación contemporánea con varias décadas de historia y que son perfectamente aceptadas en el sector del arte, como el videoarte o las performances no están específicamente mencionadas en las diferentes legislaciones, y sin embargo algunas obras como “gran error” de Ignasi Aballí, a pesar de pertenecer claramente a la disciplina de la “pintura” puede ser que no sean protegibles por la Ley de Propiedad Intelectual porque quizás podrían no ser originales des de una perspectiva jurídica.

Christo, describe todas sus obras como “instalaciones temporales de grandes dimensiones que contienen elementos de pintura, escultura, arquitectura y urbanismo”. A pesar de que todas estas categorías se enumeran como potencialmente protegibles en las legislaciones de propiedad intelectual, este hecho no se tuvo en consideración en los casos que conciernen a su obra como un elemento a tener en cuenta para clarificar la situación³⁵⁸.

Hemos visto en los casos expuestos anteriormente que existen tres condiciones que pueden impedir el encaje del arte conceptual en la Ley de Propiedad Intelectual: **(I) la falta de originalidad, (II) La desmaterialización (III) la inexistencia de un autor** identificable a quien se atribuya la creación de la *obra*.

³⁵⁶ [17 U.S.C. § 102\(a\)](#).

³⁵⁷ BARRON, 372 / La ley española por ejemplo formula en su artículo 10 una serie de ejemplos de “obras originales” tales como “c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales. d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales. e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas

³⁵⁸ PERLMUTTER, P. “Unrapping the Law. Reflections on Christo, Copyright Law and Conceptual Art” LLM dissertation, Queen Mary University of London. Agosto 2008.

8.1.2 La falta originalidad

La originalidad, como hemos visto, es un concepto clave en el derecho de autor sobre el que descansa el concepto de creación intelectual. Si no hay originalidad, no hay *obra*. Algunos tipos de obras como las bases de datos, los programas de ordenador y las meras fotografías, han conseguido cobijarse bajo el concepto de la originalidad que más les favorecería (originalidad subjetiva) a pesar de estar entre las creaciones que menos encajan con la noción de “reflejo del espíritu” del autor. Detrás de estos objetos de la propiedad intelectual hay, a menudo, personas jurídicas que son los titulares de los derechos y que invierten importantes sumas para crear estas obras cuyo modelo económico está basado en la explotación de los derechos de autor.

La jurisprudencia ha sentado las bases para poder encajar en el marco de la originalidad cómodamente estas obras. Una base de datos puede obtener protección de la Ley de Propiedad Intelectual por sus “elecciones libres y creativas”. Los relieves de la tostadora *Breville Europe* pueden ser considerados una escultura, pero sin embargo la Ley de Propiedad Intelectual cuestiona la protección las obras de arte conceptual (*Kelley*), y un análisis jurídico del “obras artísticas” expuestas y vendidas en ARCO como “vaso medio lleno” no llegan al umbral mínimo requerido para cumplir con el requisito de originalidad.

Si la originalidad se mide en la forma y no en la idea, y el resultado *formal* de llenar un vaso de agua será el mismo sea cual sea la persona que lo formalice, entonces la *obra* no será protegible, por muy *original* que sea la idea. La forma, la plasmación tangible de estas obras artísticas no llegarán al umbral ni del “toque personal” de *Painer* (Apartado 92) ni a la “altura creativa”, ni del “creative spark”.

8.1.3 La desmaterialización

Durante el siglo XX y a través de varios movimientos artísticos, las artes visuales se rebelan, como en ninguna otra disciplina, contra las formas clásicas de las Bellas Artes. Los artistas inician una nueva aproximación al arte, tanto en la formalización de las obras como en sus modos de producción, alejándose al máximo de los criterios de la museología y de los bienes patrimoniales. Las obras artísticas se disocian de su presentación física. Los críticos y teóricos

del arte constatan y estudian esta desmaterialización del arte en un sinnúmero de monografías³⁵⁹. Que la obra de arte no se materialice en un cuerpo físico no significa que no exista un proceso de creación.

La “desmaterialización” de las obras de arte contemporáneo dificulta su encaje en la clásica dicotomía *idea v. expresión de la idea* que yace en las bases del derecho de autor. Las *obras* existen, como se indica en el art. 10 de la LPI cuando están “expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible”. Esta “expresión” adopta formas distintas según la disciplina a la que pertenezca la *obra*. Las composiciones musicales pasan de ser ideas a expresión de las ideas cuando pueden ser interpretadas. Las obras literarias se expresan cuando están escritas. Las esculturas, pinturas, fotografías... se expresan cuando están materializadas en un soporte tangible que podemos percibir visualmente. Pero algunas obras artísticas, como hemos visto, “existen” aunque no sean perceptibles y no podamos “ver”. Es el caso de obras tan distantes en el tiempo como “Anonymous II” de Kris Martin (2009) o de “Le vide” de Yves Klein (1958), o el Pabellón Español vacío de Santiago Sierra de la Biennial de Venecia de 2003. Estas obras artísticas tienen un autor que las ha concebido, las instituciones que las llevan a cabo les dedican un presupuesto de producción, se escribe sobre ellas, se fotografía su ausencia, pero su materialización queda relegada al plano conceptual. La visualización de estas obras se manifiesta a través de la fotografía de una sala de exposiciones vacía, de un espacio abierto o de la entrada de un pabellón tapiado. Estas obras de arte no tienen *entidad física* propia de manera autónoma al contexto y a su audiencia, pero en el plano artístico, existen. A pesar de su falta de expresión muchas de estas obras artísticas desmaterializadas presentan sin duda la suficiente “altura creativa” como para ser consideradas obras maestras del arte contemporáneo. Estas obras artísticas difícilmente tendrán consideración de *obras* protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, pero sin embargo los fotógrafos de estos espacios vacíos, de estos testimonios de la ausencia de materialización si verán reconocidos sus derechos de Propiedad Intelectual sobre esas fotografías.

En una situación más compleja están todavía las obras de arte conceptual en la legislación norteamericana, que como hemos visto impone la fijación como requisito para conferir

³⁵⁹ Algunos teóricos de referencia de estos movimientos son Lucy Lippard (The Dematerialization of the Art Object from 1966 jto 1972), G. Celant (Arte Povera, 1977). En estética, el análisis de la representación tanto en crítica artística como literaria.

protección a la obra con derechos de autor. Este requisito de fijación sería contradictorio con los derechos morales protegidos en el ámbito europeo, concretamente con el derecho moral de la divulgación que otorga al autor la capacidad de decidir cómo se divulga una obra³⁶⁰.

La propia naturaleza de la Ley de Propiedad Intelectual (la explotación del *corpus mysticum* de manera independiente al *corpus mechanicum*) tiene un efecto diferente en las artes visuales que en el resto de las disciplinas artísticas. El Profesor Ramon Casas expresa esta situación de manera extraordinariamente elocuente: “... el modelo Gutenberg (...) está pensado para obras susceptibles de explotación mediante ejemplares en sentido estricto. Son perfectas para el escritor o el músico, que venden libros y discos. En cambio, para el pintor o el escultor, que enajenan la propia obra, resultan nefastas. La igualdad formal de los autores escondería así una desigualdad material”³⁶¹.

Como hemos visto una de las respuestas a esta particular situación de las artes visuales es el *Droit de Suite*, o derecho de participación, pero esta solución destinada a *restablecer un equilibrio entre la situación económica de los autores de obras de arte gráficas y plásticas y la de otros creadores*, como indica la directiva 2001/84/CE en su considerando 3, no se adapta a una gran cantidad de supuestos de hecho que son, efectivamente, artes visuales (o artes plásticas o gráficas, como las llama la directiva) pero que no tienen el *corpus mechanicum* que se les presupone.

Artistas como Sol Lewitt concibe grandes murales en un manual de instrucciones o protocolos de ejecución que deben ser materializados o ejecutados por un tercero, un asistente, un coleccionista o un técnico de un museo. Es pertinente preguntarse si existe un paralelismo entre este trabajo de “interpretación o ejecución” en artes visuales y el del intérprete músico o actor ejecutante que interpreta una partitura o un personaje, para los que la Ley de Propiedad Intelectual ha encontrado soluciones a través de los derechos conexos. ¿Por qué conferimos derechos de propiedad intelectual a través de los derechos conexos a un músico o a un intérprete y no lo hacemos con el técnico de museo que reproduce el “gran error” de Ignasi Aballí o una de las obras de Sol Lewitt? La respuesta es clara: No, porque el resultado

³⁶⁰ DERCLAYE, E. "Research Handbook on the Future of EU Copyright", Edward Elgar Publishing, 2009, p. 141

³⁶¹ CASAS VALLES, R. "El derecho de participación de los artistas plásticos (*Droit de Suite*) en la LPI: bases teóricas" en *Derechos del artista plástico* (coord. A. Bercovitz), ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 94.

formal del trabajo de estos técnicos (el *corpus mechanicum*) está despojada de creatividad. Sería absurdo tratar a las obras como "Untitled" (Love Boys)" de Gonzalez-Torres que hemos visto más arriba de manera más parecida a una obra musical que a una obra de artes visuales. Una obra musical no existe hasta que se ejecuta. En este caso, contrato que contiene las instrucciones sobre como instalar la obra cumple la misma función que una partitura, excepto que en el caso del músico, del artista ejecutante que como tal es titular de los derechos conexos que le corresponden, mientras que la persona que vierte los caramelos en una esquina de la galería no tiene que poseer ningún talento creativo ni artesanal, basta con que siga las instrucciones que Gonzalez-Torres establece en el contrato al pie de la letra, y por lo tanto no será titular de ningún derecho conexo. La creatividad está en la idea antes de que esté materializada, y la plasmación de la idea, en algunas obras de artes visuales, es solo puro método. Así lo demuestran algunas sentencias³⁶².

8.1.4. La inexistencia de un autor

En la sentencia *Kelley v. Chicago Park District*, comentada anteriormente en este capítulo, se deniega protección a la obra de *land art* de Chapman Kelley porque "un jardín vivo no tiene la suficiente autoría y fijación estable que normalmente se exige al para conferir la protección del copyright"³⁶³ Esta sentencia dio lugar a un gran número de artículos académicos criticando la decisión del tribunal³⁶⁴.

El Tribunal del Séptimo Circuito rechazó la consideración del Tribunal de Distrito que afirmaba que la obra no era original y reconoció la originalidad de *Wildflowers Works*, "*nadie cuestiona que Wildflower Works es una obra original, y que claramente posee más que una chispa*

³⁶² Esta conocida sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 22/1/2008, ECLI:ES:APIB:2008:106 resolvía el conflicto entre un ceramista (Ginard) y Miquel Barceló, uno de los artistas contemporáneos españoles más reconocidos internacionalmente. En este caso Ginard pretendía ser considerado co-autor de algunas de las obras firmadas por Barceló. La sentencia deja claro que el trabajo de ejecución del ceramista está basado en la pericia técnica y la autoría pertenece únicamente al artista.

³⁶³ *Kelley v. Chicago Park Dist.*, 635 F.3d 290, 303 (7th Cir. 2011).

³⁶⁴ ERICSSON, L. "Creative Quandary: The State of Copyrightability for Organic Works of Art," en *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law*: Vol. 23: Iss. 2, Article 4. (2013); CASCIO, Virginia M., "Hardly a Walk in the Park: Courts' Hostile Treatment of Site-Specific Works under VARA", *20 Depaul Journal Art, Technology and Intellectual Property Law* n, 167 (pag. 168-96) 2009, criticando la sentencia del tribunal de distrito; CHIN-CHIN, Yap, "The Un-Edenic State of Copyright" *Art Asia Pacific*, May/June, 2011.

creativa (creative spark)"³⁶⁵, pero consideró que la obra no era protegible no por su falta de originalidad, sino por su falta de autoría y de fijación³⁶⁶. Sin embargo, el tribunal denegó su protección por el *Copyright Act* porque la forma de la obra artística era producto de la naturaleza, no de un autor humano. ¿Como puede reconocerse la originalidad de una obra y a continuación determinar que no existe una autoría porque su forma es producto de la naturaleza? La originalidad solo puede ser un producto de la creación humana. La sinergia de la autoría y la originalidad exige creatividad humana³⁶⁷.

Prueba de ello es que la duración del plazo del copyright y del derecho de autor se calculan a partir de la muerte de su último creador "humano". Quizás, como sugiere Xiyin Tang en su artículo "*Copyright in the expanded field: On art and other new mediums*". el tribunal no se siente cómodo con el medio utilizado por el artista, las flores. Y, apunta Tang, la idea de que una obra hecha con flores no pueda cumplir con el requisito de fijación cuestiona también la protección por *copyright* de obras hechas con materiales tradicionales pero que también cambian con el tiempo, como las mismas esculturas en hierro de Richard Serra. Tang sugiere que lo que está en la raíz de estos razonamientos son prejuicios sobre lo que es el arte³⁶⁸.

Aunque en el campo jurídico nos referimos a las flores como un medio "no tradicional" de expresión artística, en el sector del arte el medio de expresión artístico no es un factor que condicione la valoración estética de una obra más allá de su ficha técnica. La transición que supuso pasar de técnicas artísticas tradicionales (pintura, escultura, grabado...) a medios de expresión artística "no convencionales" (material orgánico perecedero, plantas, objetos encontrados y demás) tuvo lugar a mediados del siglo pasado, mucho antes de las reformas legislativas más importantes que definieron el objeto de la Ley de Propiedad Intelectual. En

³⁶⁵ Kelley v. Chicago Park Dist., 635 F.3d 290, 303 (7th Cir. 2011), p. 28

³⁶⁶ <https://jolt.law.harvard.edu/digest/kelley-v-chicago-park-district>

³⁶⁷ McCUTCHEON, J., "Natural Causes: When Author Meets Nature in Copyright Law and Art. Some Observations Inspired by Kelley v. Chicago Park District", *University of Cincinnati Law Review*, Volume 86, Issue 2 Article 6, 2018, p. 712.

³⁶⁸ TANG, X., "Copyright in the expanded field: On art and other new mediums", en Banadio, E. -Nicola Lucchi, N. (ed.), *Non-Conventional Copyright: Do New and Atypical Works Deserve Protection*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, p. 32

arte contemporáneo son muy comunes los trabajos que pueden considerarse “cambiantes” y en los que el autor y la naturaleza se conjuran para crear una obra artística. Des de la ya comentada exposición “Cómo atrapar el universo en una telaraña” de Tomás Sarraceno, sirviéndose de 7.000 arañas que vivieron durante seis meses en una de las salas del Museo de Arte Moderno de Buenos Aires, que fue re-intepretada en la bienal de Venecia de 2019³⁶⁹, hasta el famoso tiburón preservado en formol de Demian Hirst (vendido por más de 8 millones de libras por la galería Saachi ³⁷⁰) pasando por “Puppy”, de Jeff Koons, la composición floral con forma de perro de raza terrier que da la bienvenida a los visitantes del Museo Guggenheim de Bilbao³⁷¹.

Ley de Propiedad Intelectual responde a una concepción del arte derivada de la estética romántica de finales del s. XIX. El romanticismo considera al artista una persona extremadamente sensible de una genialidad singular, pero de naturaleza frágil cuyas obras enriquecen al mundo por su extrema sensibilidad. La Ley de Propiedad Intelectual, argumentan algunos, tiene el objetivo de proteger a estos artistas, que serán siempre la parte débil en la negociación, de los usos que puedan hacer terceros sin escrúpulos de sus obras. EL derecho de autor premia este estatus de genio singular también confiriendo al autor con los derechos morales, inalienables e intransmisibles. Si la *obra*, como la describe la Ley de Propiedad Intelectual Francesa, es un “reflejo de la personalidad del artista”, cualquier

³⁶⁹Instalación “Spider/Web Pavilion 7: oracle Readings, Weavings, Arachnomany, Snnthropic Futures: Atten(t)sion to invertebraterights!,” (2019) en la que el artista presenta su obra como una colaboración “intra especies”, en la que varias arañas tejen sus telas conjuntas entre los pabellones nacionales y tejiendo metafóricamente un complejo mundo de interacciones entre especies.

³⁷⁰Esta célebre obra, llamada *The Physical Impossibility of Death in the Mind of Someone Living* es una de las obras icónicas del arte británico de la década de los noventa, que consiste en un tiburón preservado en formol. Esta obra se vendió al coleccionista Steven A. Choen por una cifra indeterminada, que según varias fuentes debía ser alrededor de 8 millones de libras. El tiburón empezó a deteriorarse y el formol se enturbió. La galería substituyó el formol por fibra de vidrio, y finalmente el tiburón fue reemplazado (la obra, por lo tanto, no era “el tiburón”)

³⁷¹ En *Kelley* se menciona esta obra como ejemplo de obra creada con flores que, por contar con una estructura metálica parecida a una escultura, merecería protección: *En “Puppy”, el artista ensambló un marco metálico enorme con la forma de perro y la cubrió con miles de flores que se sostenían con un sistema de irrigación en el marco. (...) Esta podría ser “fijación” suficiente para copyright (no nos atrevimos a dar ninguna opinión al respecto) pero Wildflower Works es muy diferente. Es esencialmente un jardín. “Puppy” no lo es.* (Kelley, p. 35)

deformación o mutilación o uso no autorizado de esta obra causará un daño al mismo artista y a su reputación.

Que la institución del derecho de autor está profundamente influenciada por las categorías del siglo XIX es evidente también en la rigidez de la categorización de los textos legales que ejemplifican las diferentes *obras* protegibles, que categorizan las obras separándolas unas de las otras también coinciden con la concepción de la estética romántica de obra³⁷².

Mientras que la originalidad, como hemos visto, se manifiesta en un reflejo de la personalidad del autor en la obra (por lo menos el ámbito francés) el autor como tal no tiene ninguna definición en nuestro ordenamiento. La tendencia es eliminar al “autor” de la formulación de la originalidad. En esa contradicción se fija también Erdozain: *“apenas queda espacio para el autor. El autor es algo paradójicamente secundario, relegado incluso por esas realidades económicas personificadas de las que se ocupa el Libro II de nuestra ley”*³⁷³. *“Ser autor no es un estado civil”*, afirma acertadamente Ramon Casas.

La Ley de Propiedad Intelectual no ha desarrollado la definición de autor, a pesar de que, como vimos en el capítulo 1, las dos justificaciones principales de la existencia de La Ley de Propiedad Intelectual son la protección del derecho de autor como derecho fundamental basado en el derecho moral o la personalidad del autor, y en segundo lugar promover la creación y la cultura

El derecho de autor tampoco se reconoce en creaciones colectivas, que no permiten identificara a uno o más autores. Este es el caso de la cultura popular: Algunos autores como Peter Jaszi y Marta Woodmansee, sostienen que la concepción del derecho de autor está basada en la idea de proteger al genio creador según lo concibe la estética romántica, que

³⁷² En el Copyright Design and Patents Act de 1988 “s4(1) Copyright Design and Patents Act de 1988 “
 (1) In this Part “artistic work” means—(a) a graphic work, photograph, sculpture or collage, irrespective of artistic quality, (b) a work of architecture being a building or a model for a building, or (c) a work of artistic craftsmanship.
 (2) In this Part—“building” includes any fixed structure, and a part of a building or fixed structure; “graphic work” includes—(a) any painting, drawing, diagram, map, chart or plan, and (b) any engraving, etching, lithograph, woodcut or similar work; “photograph” means a recording of light or other radiation on any medium on which an image is produced or from which an image may by any means be produced, and which is not part of a film; “sculpture” includes a cast or model made for purposes of sculpture.

³⁷³ El concepto de originalidad en el derecho de autor”, op. cit., p.73

sobreentiende que el genio creativo es un individuo frágil a quien hay que proteger, y esto hace imposible el encaje imposible de las culturas indígenas y el derecho de autor³⁷⁴.

El sistema vigente de propiedad intelectual tampoco es adecuado para proteger el acervo cultural de las culturas indígenas, que es de propiedad colectiva y no encaja con el concepto del genio creativo al que premiar su esfuerzo creativo como autor³⁷⁵.

8.2. ¿Una exclusión intencionada?

La cuestión que debemos preguntarnos una vez establecido que hay obras de arte conceptual que no recibirán protección por la Ley de Propiedad Intelectual, es si esta falta de protección es el resultado de una voluntad expresa e inequívoca del legislador de consecuencias meditadas, o si al contrario, la Ley de Propiedad Intelectual ha ido acomodando sus definiciones siguiendo las recomendaciones de otros grupos de interés y simplemente ha dejado de lado a este tipo de manifestaciones artísticas sin evaluar el impacto del resultado de esta exclusión para el sector de las artes visuales.

En algunos casos la jurisprudencia ha rechazado de manera específica e intencionada el arte conceptual, tal como hemos visto en Kelley: *“Aceptamos que la comunidad artística pueda clasificar el jardín de Kelley como una obra de arte conceptual posmoderna. También somos conscientes que el los prerequisites del copyright sobre autoría y fijación están definidos de manera muy amplia, Pero la ley debe tener algunos límites, no todo arte conceptual puede ser protegido por el copyright”*³⁷⁶.

³⁷⁴ JASZIA, P.-WOODMANESE, M., “The ethical reaches of Authorship”, *South Atlantic Quarterly* 947-977, (1996), p. 948

³⁷⁵Esta problemática ha sido ampliamente estudiada por la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual) no solo en relación al derecho de autor sino también por sus consecuencias en el campo a las patentes. La OMPI ha llegado a crear un grupo interdisciplinar encargado de estudiar esta problemática, el “Intergovernmental Committee on IntellectualPropertyandGeneticResources”, <https://www.wipo.int/tk/en/> con una parte dedicada a las expresionesculturalestradicionales<https://www.wipo.int/tk/en/folklore/>. Estos estudios trascienden el campo jurídico y abundan también los estudios en el campo económico, como “Indigenous knowledge and intellectual property: a sustainability agenda” de Dora Marinova y Margaret Raven en *Journal of economicsurveys*30 August 2006 <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-6419.2006.00260.x>

³⁷⁶ *Kelley v. Chicago Park District*. 635 F.3d 290

Si el resultado de la aplicación de la definición que brinda la legislación de propiedad intelectual para considerar una *obra* protegible resulta en la exclusión de protección de algunas obras de arte conceptual, y si esta exclusión es intencionada, deberíamos preguntarnos si esta aparente discriminación está justificada por priorizar otros intereses generales. Si conceder al titular el monopolio de la copia, distribución, comunicación pública y transformación sería contrario a los intereses de la promoción de la cultura, deberíamos preguntarnos y si cabría adaptar la ley para conferir a estos autores con algún tipo de protección tal tan se ha hecho con la mera fotografía o los programas de ordenador.

La creación de una obra artística, en mayor o menor medida, es el resultado de un esfuerzo creativo. Si el objetivo de la propiedad intelectual era proteger ese “esfuerzo creativo”, la exclusión de las obras de arte conceptual o de las obras de arte desmaterializadas tiene que responder al objetivo de preservar un bien común todavía mayor. Como hemos visto, uno de los principios básicos de la Ley de Propiedad Intelectual es que no se protegen las ideas sino su expresión. Este principio se fundamenta en que si se otorgasen monopolios exclusivos sobre las ideas se elevarían los costes y se reducirían los incentivos para crear nuevas obras, y este sería un resultado contrario al objetivo o al espíritu de la ley de propiedad intelectual. Uno de los objetivos de la Ley de Propiedad Intelectual es el de establecer un equilibrio entre el monopolio de los derechos exclusivos conferido al titular de los derechos y el interés público en que los mercados sean competitivos. Debemos preguntarnos, entonces, que es lo que realmente se otorga a un artista como Wilfredo Prieto si se confiere derechos de autor a su obra “Vaso de Agua Medio Lleno” y si realmente la consideración de esta obra como “obra protegible” le estará otorgando un monopolio sobre la idea o solo sobre su expresión de la idea. Si Prieto puede obtener el derecho exclusivo de copiar, distribuir y comunicar públicamente “Vaso de Agua Medio Lleno”, solo tendrá el monopolio de *su* obra. Pero si Ley de Propiedad Intelectual le confiere derechos de transformación sobre cualquier obra que pueda considerarse una obra derivada de “Vaso de Agua Medio Lleno”, entonces estaremos confiriendo a Prieto un derecho que irá en contra de las bondades de la Ley de Propiedad Intelectual, que, recordemos, tienen como objetivo establecer un equilibrio entre el monopolio de los derechos exclusivos conferido al titular de los derechos y el interés público en que los mercados sean competitivos

8.2.1 Grupos de interés y modelo de negocio de las artes visuales

Ya hemos visto que el arte conceptual no es un fenómeno reciente; y de ninguna manera es producto de la irrupción de la tecnología digital como herramienta creativa. A pesar de ser arte una corriente de expresión creativa mayoritaria desde los años sesenta que continúa siendo muy importante en el arte actual, la Ley de Propiedad Intelectual no ha adaptado su contenido para proteger a los artistas que eligen este lenguaje creativo.

Sin embargo, la ley sí ha modificado su contenido para adaptarse a lo que consideraba tenían que ser nuevos objetos de derecho que han irrumpido en el mercado en fechas mucho más recientes. La historia legislativa del derecho de autor demuestra que en muchos casos la presión ejercida por grupos de interés en el marco de la actividad legislativa ha conseguido ver sus peticiones atendidas. La Ley de Propiedad Intelectual ha acomodado sus requisitos de protección a los nuevos objetos de protección que basan su modelo de negocio en la explotación de los derechos exclusivos, como las bases de datos o los programas de ordenador cuyo requisito de originalidad, como ya se ha indicado, es subjetivo y no objetivo (propio de su autor). El arte conceptual también es “propio de su autor”.

¿Porque está rápida acomodación a los nuevos objetos del derecho como los programas de ordenador y esta falta de reacción a los nuevos corrientes del arte?

Quizás esta distancia entre la definición de obra en la ley y de obra en el arte contemporáneo sea la consecuencia de una falta de diálogo entre el legislador y el sector de las artes visuales. Los titulares de los derechos de autor de sectores como la literatura o la música son agentes extremadamente activos e implicados en los procesos legislativos de las reformas del derecho de autor y se organizan bien a través de sus entidades de gestión y otros organismos ejerciendo presión sobre los gobiernos para que implementen las leyes contra la piratería y velando por la aplicación de las leyes que protegen sus derechos contra la ella ³⁷⁷.

³⁷⁷Prueba de ello es, en España, la existencia de la coalición, un potente grupo presión formado por creadores e industrias de contenidos que representa la mayor parte del sector cultural y del entretenimiento en España, agrupando a las industrias de contenidos y de defensa de la propiedad intelectual. La Coalición tiene como misión trabajar en el impulso y desarrollo de actividades para evitar la vulneración de los derechos de propiedad intelectual en internet, impulsar el conocimiento de la actividad de los creadores e industrias de contenidos y propiciar acuerdos y alianzas para promover un entorno digital respetuoso con la propiedad intelectual. Forman parte de La Coalición organizaciones que representan los intereses del mercado audiovisual, de la música, libro-

Ya hemos visto como La propia naturaleza de la Ley de Propiedad Intelectual (la explotación del *corpus mysticum* de manera independiente al *corpus mechanicum*) tiene un efecto diferente en las artes visuales que en el resto de las disciplinas artísticas. La iniciativa para autorregularse con los contratos y los certificados de autenticidad de este colectivo artístico de la que ya hemos dado cuenta anteriormente es una de las soluciones que el sector ha encontrado para conferir seguridad jurídica a su modelo de negocio, que se basa principalmente en la venta de obras originales.

En efecto el **modelo de negocio** de las artes visuales es completamente diferente del de las otras disciplinas: Una editorial que reproduce una novela ilegalmente sin licenciar los derechos de autor a su titular estará ofreciendo al público exactamente la misma obra que la editorial que sí que ha obtenido estos derechos. Lo mismo pasa con la música y las obras audiovisuales: Las obras infractoras pueden tener exactamente la misma calidad que las obras legítimas. Tener el control de los mecanismos de explotación de propiedad intelectual y contar con un sistema efectivo para luchar contra las infracciones es crucial para los titulares de los derechos de autor de obras literarias, musicales y audiovisuales.

Sin embargo, el modelo de negocio del arte contemporáneo no se basa en la explotación de los derechos de autor. Los artistas que realizan obras (obras artísticas, independientemente de si son consideradas *obras* según la ley de propiedad intelectual) basan su modelo de negocio en la venta de las estas obras originales en el mercado del arte, ya sea a través de sus galerías (en ferias o directamente en las galerías) o a través de venta directa a coleccionistas. Cuando un artista realiza una exposición en museo, bienal o un centro de arte cuyo objetivo no se centra en el mercado sino en la creación de discurso cultural, la prioridad del artista es obtener unos honorarios justos por su trabajo. La retribución que un artista puede tener por la explotación de sus derechos exclusivos (copia, distribución, comunicación pública y transformación) no es el único rendimiento que el artista puede obtener de su obra, como pasa en las demás disciplinas.

editorial y de videojuegos. pero no el VEGAP, la entidad de gestión colectiva en España que defiende los intereses de los artistas visuales.

8.2.2. La pretensión del artista

Enfrentados a todas estas constataciones los juristas se preguntarán cuál es la pretensión del artista. Igual que un artista que pinta en formatos tradicionales (pintura sobre tela, acuarela) puede pretender ejercer el control de los derechos exclusivos sobre su obra y evitar reproducciones sin su consentimiento, Tino Sehgal, Núria Güell o Santiago Sierra también deberían tener el derecho de prohibir las reproducciones no autorizadas de sus obras y de reclamar una compensación cada vez que alguien utiliza su trabajo. Pero estos artistas no tienen ni la pretensión ni la herramienta legal adecuada para protegerse, porque su obra, analizada bajo el prisma jurídico, no es una obra. Pero ¿cuál es la **pretensión de estos artistas respecto los derechos de explotación de sus obras**? Sin duda, no sería la protección frente a la realización de obras derivadas. Sería contraproducente conferir a Wilfredo Prieto la capacidad de ejercer el derecho de transformación sobre las obras derivadas que pudieran alegarse como ejercicios de transformación de su obra “Vaso de agua medio lleno”. El derecho de transformación que permite la creación de las obras derivadas es el que desequilibra el equilibrio que el derecho de autor debe mantener con los intereses generales y el objetivo de la ley de derecho de autor de promover la creación. Atribuir a Wilfredo Prieto o a Ignasi Aballí el monopolio sobre obras iguales o parecidas a “Gran error” o a “Vaso de agua medio lleno” es claramente decanta la balanza de la Ley de Propiedad Intelectual en contra de otorgar este derecho exclusivo a su titular. El derecho de transformación es claramente un derecho que seguramente los artistas conceptuales no necesitan.

Una solución podría basarse en otorgar al arte conceptual un derecho de propiedad intelectual sui generis considerando sus obras artísticas como prestaciones que no incluyera el derecho de transformación.

Anne Barron argumenta también que la lista cerrada y taxonómica de las categorías de “obras artísticas” enumeradas en las legislaciones son un elemento que disuade a los artistas que crean obras que no encajan en ninguna de estas categorías³⁷⁸. El hecho de que la ley de copyright no albergue las categorías artísticas innovadoras que no caben en estas categorizaciones, no propicia un acercamiento, una identificación o un interés a estos artistas.

³⁷⁸ “Copyright Law and the Claims of Art”, op. cit., p. 372.

8.2.3. ¿Es el tratamiento de las artes visuales en Ley de Propiedad Intelectual coherente con su objetivo?

El derecho de autor se creó para garantizar la prosperidad de aquellos que con su trabajo intelectual aportan sus creaciones al mundo de la cultura, y para conferirles con una herramienta para poder proteger sus derechos morales como creadores. En los últimos años hemos visto como la legislación se endurecía para luchar contra la creciente piratería que, especialmente en el mundo digital, pone en riesgo la capacidad de los creadores de poder recibir una compensación justa por la explotación de sus obras³⁷⁹. Pero sin embargo la expansión de la ley de Propiedad Intelectual y de copyright no ha tenido en cuenta las manifestaciones artísticas que desde hace ya más de diez décadas escapan de los formatos artísticos clásicos. Obras como las de Ignasi Aballí (pols) o de Kelley (*Wild Flowers*) que escapan de la noción clásica y romántica del autor evidencian la distancia entre lo que la Ley de Propiedad Intelectual considera una “obra” y lo que la historia del arte consagra como obra. La concepción de “obra original plasmada o expresada en un soporte tangible o intangible”, aplicada a las artes visuales, encaja perfectamente en pinturas sobre tela figurativos que reflejan las emociones de los personajes que los integran, pero empieza a desvanecerse cuando la obra es el resultado del *proceso* de las emociones del artista.

En sede judicial, para conferir la protección de derechos de autor a una obra los jueces norteamericanos se han pronunciado de la siguiente manera “en la valoración sobre si una obra puede ser adecuada para beneficiarse de la protección de los derechos de autor, somos conscientes de que “el inmediato efecto de nuestra ley de copyright es asegurar un retorno justo para el trabajo creativo del autor, y el objetivo último es estimular la creatividad artística para el beneficio público general³⁸⁰

³⁷⁹Ejemplos de endurecimiento de legislación contra la piratería

³⁸⁰ Lorenzana S. Am. Rests. Corp, 799 F3 d 31, 34, citando Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156, 95 S.Ct. 2040, 45 L.Ed.2d 84 (1975).

8.3. Propuestas

8.3.1. Originalidad adaptada al arte. La falta de definición del arte en la Ley de Propiedad Intelectual.

A pesar de tener como objetivo la promoción de las artes y las ciencias, la Ley de Propiedad Intelectual no reconoce el concepto de arte como tal. No existe la categoría de “arte” como “obra protegible”. La categoría “obras artísticas” es una formulación que no alcanza mayor definición en la ley que la lista cerrada de categorías enunciadas en la mayoría de las jurisdicciones (pinturas, esculturas, obras arquitectónicas, fotografías y procedimientos análogos...)

Anne Barron pone de manifiesto desde hace ya algún tiempo esta situación: “Las leyes no muestran ninguna señal de dejarse conducir por este desarrollo (del arte) individualizando categorías de creación intelectual para los diferentes tipos de creaciones que merecen la protección de la propiedad intelectual. Como hemos visto, la Ley de Propiedad Intelectual no reconoce el concepto de arte como tal”³⁸¹

Pero ¿es el arte que se ha desconectado del derecho, o el derecho del arte? El derecho, en ocasiones, no es realmente neutral cuando analiza al arte como objeto protegible por la Ley de Propiedad Intelectual.

Aunque la jurisprudencia sobre propiedad intelectual intenta mantenerse al margen de la definición del arte para concentrarse en analizar si la obra objeto de la controversia puede ser considerada obra protegible, lo cierto es que las interpretaciones subjetivas de los jueces de lo que es “arte”, y por lo tanto debería ser considerado *obra protegible* translucen en más de una sentencia.

La distinción entre idea y expresión de la idea, tan clara y diáfana en la teoría es, sin embargo, imposible de establecer muchas veces en el sector del arte contemporáneo. Así lo expresaba el juez Hand en una de sus célebres sentencias: “*La prueba para demostrar infracción es necesariamente vaga. No se puede establecer ningún principio sobre cuándo un imitador ha*

³⁸¹BARRON, A., “Copyright Law and the Claims of Art”, op. cit., p. 378

*ido más allá de copiar la "idea" y ha tomado prestada su "expresión". Por tanto, las decisiones deben ser inevitablemente ad hoc*³⁸².

Cuando se han visto enfrentados a la cuestión si una obra de arte es *obra*, los tribunales han tenido que tomar distancia y no hacer juicios de valor respecto al valor artístico de las obras. La neutralidad estética es imprescindible para la correcta aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual al arte contemporáneo. El Juez Holmes ya lo expresaba con una claridad diáfana en 1903, en una de las sentencias que fue precursora de la jurisprudencia en materia de copyright de los Estados Unidos *“para cualquier persona actuando profesionalmente exclusivamente en el campo de las leyes sería una peligrosa tarea erigirse como juez del valor de cualquier obra más allá de sus límites obvios. En sus expresiones más extremadas, algunas obras geniales seguro que se escaparían de su apreciación. Sus características más novedosas las harían parecer repulsivas hasta que el público en general hubiera entendido el nuevo lenguaje en el que el artista habla.* ³⁸³

Las sentencias de propiedad intelectual, a diferencia de otras controversias como la del proceso judicial de los tribunales aduaneros sobre la obra “Oiseau dans l’espace” de Brancusi -que tuvo que entrar en valoraciones sobre la naturaleza artística de la obra en controversia-, no tienen que enfrentarse a la cuestión fundamental de que es una obra de arte.

La doctrina también ha expresado sus dudas acerca de esta pretendida neutralidad. Andrea Rahmatian, en *“Copyright and Creativity: The making of Property Rights in Creative Works*, opina en relación con obras como “The void” de Yves Klein (1952) y 4’33’ de John Cage (1952)

³⁸²Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp. United States Court of Appeals Second Circuit. Jan. 27, 1960. 274 F.2d 487, 124 USPQ 154.

³⁸³Oliver Wendell Holmes Jr. (8 de marzo de 1841 - 6 de marzo de 1935) fue uno de los jueces más relevantes del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Reconocido por sus sentencias concisas es uno de los jueces más citados en la historia. Fue también Profesor de Derecho en Harvard, donde estudió. La frase original es de digna de ser reproducida aquí *“It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits. At the one extreme, some works of genius would be sure to miss appreciation. Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new language in which their autor spoke”,* y corresponde a *Bleistein v. Donaldson Lithographing Company*, 188 U.S. 239 (1903) en caso en el que lo que se juzgaba era si un cartel publicitario (un poster anunciando un circo) entraba dentro de las obras protegidas por la ley de copyright o no. La sentencia fue afirmativa. Esta frase ha sido citada en numerosas sentencias de referencia, como *Cambell*, 510 U.S at 582-83 o en el amicus curiae de la Andy Warhol Foundation en favor del acusado Richard Prince en el juico *Cariou v. Prince*.

que, aunque las dos obras artísticas cuestionan la naturaleza del arte, son sin embargo obras artísticas, y por lo tanto deberían ser *objeto* del *copyright*³⁸⁴. Rahmatian coincide con Barron en que la taxonomía de *obras* protegibles del UK CDPA de 1988 es demasiado rígida y no contempla la noción de *obra artística* como tal. Shane Burke, en “Non Conventional Copyright” coincide con Rahmatian y Barron en que los jueces tienden a enfrentarse a las creaciones para valorar su consideración como obra basándose en gran medida en el tipo de soporte o medio que contiene la *obra*³⁸⁵.

En la Ley de Propiedad Intelectual del Reino Unido se especifica que las obras deben ser protegidas “irrespective of artistic quality”. Anne Barron explica que la inclusión de esta frase en el texto legislativo parece asumir que las evaluaciones estéticas son necesariamente subjetivas y responde a una preocupación para que los jueces no se involucren en evaluaciones subjetivas ³⁸⁶. La Ley de Propiedad Intelectual ha sido concebida, en principio, para impedir que los jueces impriman sus propias opiniones estéticas en las sentencias, con un enfoque objetivo, pero el resultado ha sido la protección de objetos no artísticos como una tostadora (en Breville) o un *frisbee*. Es obvio que lo deseable es que los jueces puedan aplicar la ley a los hechos sin dejarse llevar por prejuicios sobre lo que es arte y lo que no es arte, pero el resultado pone en evidencia la distancia entre obra de arte y obra protegible.

Es realmente necesario incluir un criterio substancial para distinguir objetos artísticos de los que no lo son, una aproximación radicalmente diferente de la Propiedad Intelectual en relación al arte contemporáneo, quizás en una aproximación más cercana al sujeto y no al objeto.

La Ley de Propiedad Intelectual es actualmente un mecanismo más útil para la protección de las industrias culturales que a la protección del arte y la cultura. Esta debería ser la función social de la Ley de Derechos de Autor. La distancia o el desinterés entre el arte y la propiedad intelectual es cada vez mayor, igual que el desapego del sector artístico hacia la normativa

³⁸⁴ Rahmatian, op. Cit, p 189. Sobre “The Void”;

³⁸⁵ Burke, Shane “Copyright and Conceptual art”, en “Non conventional copyright”, Bonadio E-Lucchi, N. (ed) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018

³⁸⁶ “Copyright Law and the Claims of Art”, op. cit., p. 384

que les debería proteger. En una era post Covid en que los ingresos de los artistas se desploman, en el que todos los contenidos se digitalizan, la Ley de Propiedad Intelectual debería poder ampliar el abanico de obras protegibles sin poner en peligro el equilibrio entre los derechos fundamentales y los derechos exclusivos conferidos al autor.

Si una obra artística es considerada artística por el sector del arte, es un tanto sorprendente que la jurisprudencia la deje sin protección por considerar que no cumple el requisito de la originalidad. La distancia entre la originalidad en sentido jurídico y la originalidad en sentido artístico es a veces un tanto absurda: No cabe duda que el “gran error” de Ignasi Aballí es una obra artística original en términos artísticos. Si no lo fuera, no estaría en la colección del MACBA y no sería objeto de estudio de ensayos y monografías. Y, sin embargo, esta obra puede escapar de la definición de originalidad según la ley de propiedad intelectual.

¿Cuáles son las consecuencias de mantener esta distancia? En primer lugar, despojar al artista de la propiedad intelectual de su obra. Cualquier reclamación contra una reproducción no autorizada podría no prosperar por no ser considerada obra. Pero la consecuencia más grave, como ya se ha apuntado, es la desconexión entre el sector artístico contemporáneo y la ley que supuestamente les debería proteger.

8.3.2. ¿Un derecho conexo del arte?

La Propiedad intelectual, según Barron, es una propiedad especial el objetivo de la cual es identificar las *obras* que pueden ser objeto de control privado y conferir a sus los titulares su control.³⁸⁷

La consideración de *obra* como objeto inmaterial del derecho de autor otorga a su titular un derecho de propiedad (especial) que consiste entre otros, en unos derechos exclusivos sobre su *obra*, disociando el *corpus mysticum* (la *obra protegida*) del *corpus mechanicum* (el soporte). El derecho en exclusiva es un derecho de propiedad especial que confiere al titular de derechos la capacidad de autorizar y prohibir. Cuando una creación es considerada *obra* su titular podrá ejercer el derecho exclusivo de los derechos de explotación y habrá que contar con su autorización para dicha explotación

³⁸⁷“Copyright Law and the Claims of Art”, op. cit., p. 381.

Los derechos exclusivos de los titulares de las *obras* protegibles incluyen dos tipos de derechos: La copia y sus derivadas (distribución y comunicación pública) y el derecho de crear obras derivadas. Estos derechos de explotación se definen de manera distinta en varias jurisdicciones.

En España la LPI reconoce y define los derechos de copia, distribución, comunicación pública y **transformación**. Cuando una obra de artes visuales es considerada *obra* la ley le confiere cuatro derechos exclusivos: Copia, distribución, comunicación pública y transformación³⁸⁸. Los titulares de los derechos de explotación de una obra de artes visuales podrán evitar que cualquier persona reproduzca sus obras, las distribuya, las comunique públicamente a través de la red o en la modalidad de exposición pública, y finalmente-y ahí es donde está la clave-que se creen obras derivadas.

Gautel pudo ejercer su derecho de explotación de la obra *Paradis*. contra la reproducción no autorizada de Bettina Reims. Pero ¿podría Jacob Gautel impedir que la palabra *Paradis* fuera utilizada en cualquier obra de artes visuales y reclamar una infracción de su derecho de transformación? Claramente conceder un derecho de explotación que diera este resultado sería contrario al espíritu de la ley de propiedad intelectual. Convertir el uso de la palabra *Paradis* en una obra de artes visuales en monopolio exclusivo de un autor en particular no sería coherente con el objetivo de la Ley de Propiedad Intelectual de promover las manifestaciones artísticas.

Si el legislador ha considerado necesario proteger los derechos de los productores o realizadores de las meras fotografías como prestaciones sin conceder el derecho de transformación a sus titulares, ¿Por qué el legislador no ha considerado proteger también las obras de arte conceptual, o las obras de arte desmaterializadas, aunque sea del mismo modo que las “meras fotografías”? En la ley española de Propiedad Intelectual, el *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de*

³⁸⁸Así es bajo la LPI española: Art 17, 18, 19 y 20. El derecho de propiedad intelectual norteamericano, los derechos exclusivos se formulan de la siguiente manera. reproducir, preparar obras derivadas, distribuir copias, ejercer comunicación pública (publicallyperform-publically display) y en el caso de las grabaciones, ejercer la comunicación pública en transmisión digital. 17 U.S. Code § 106. Exclusive rights in copyrighted Works articles 107 a 122

Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia la protección de estas obras tendría cabida en el Libro Segundo, con una protección “sui generis”, sin conferirles el derecho de transformación para evitar que los autores puedan apropiarse de ideas o contenidos análogos o parecidos a sus obras.

Esta solución legislativa sería una solución a mediada para las “obras artísticas que no tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I “, es decir, cuando reconocer su originalidad presente cierta dificultad- pero sin embargo sería una herramienta extremadamente útil para evitar la discriminación que la legislación actual sitúa al arte conceptual.

El ejemplo de las sentencias europeas sobre las obras de Christo son muy ilustrativas de este concepto: Los tribunales protegen la forma, la obra individual, pero no la idea o el concepto de empaquetar espacios públicos. Christo pudo proteger las reproducciones no autorizadas de sus obras, pero no pudo ejercer el monopolio en este tipo de embalaje cuando este ocurrió en elementos públicos que solo se parecían o imitaban el estilo del artista. Conferir a un artista la titularidad de “un género o una familia de formas que presentan entre ellas caracteres comunes” es claramente contrario al espíritu de la Ley de Propiedad Intelectual. Lo que la Ley tiene que evitar es que Christo se apropie de su “estilo” Esto sería sin duda, perjudicial para la libertad de expresión de otros artistas. En realidad, para evitar este resultado bastaría con evitar que Christo tuviera el control de prohibir o autorizar las obras derivadas de sus obras, es decir, bastaría con no conferirle el derecho exclusivo de transformación.

Algunas obras de arte conceptual son tan fáciles de reproducir que sería perjudicial para la libertad de expresión de otros creadores conferir a los titulares de sus derechos el derecho exclusivo de transformación. Pensemos por ejemplo en el “Vaso de agua medio lleno” de Wilfredo Prieto; Obviamente la reproducción de cualquier vaso medio lleno, aunque sea idéntico al del artista, no debería ser prohibido por la ley de la Propiedad Intelectual. Pero su obra, *su vaso medio lleno*, sí.

El que el equilibrio que busca la Ley de Propiedad Intelectual entre conceder el monopolio de su obra al titular de la Ley de Propiedad Intelectual y promover el progreso de la Ciencia y de las Artes no cumple su objetivo si invocando su protección Ignasi Aballí puede poner en

cuestión la legitimidad de todas las pinturas consistentes en una superficie blanca sobre un fondo blanco.

Parece justo y acorde con el espíritu de la Ley de Propiedad Intelectual que Gautel pueda interferir sobre la copia no autorizada de su obra *Paradis*, de la misma manera que Wilfredo Prieto tendría que poder reclamar si un catálogo sobre arte conceptual pone en su portada la fotografía de su “Vaso de agua medio lleno”, pero no debería poder impedir que cualquier otro artista creara una obra derivada de su “vaso”. Está claro que conferir el derecho de transformación en las obras de corte conceptual sobrepasa el espíritu de la Ley de propiedad intelectual, pero esto no justifica que debamos también despojar a sus titulares de derechos la capacidad de impedir una copia, distribución o comunicación pública sin el permiso correspondiente.

Está claro que el ejercicio de la reproducción, la distribución y la comunicación pública de cualquier tipo de obra artística no debería ser autorizada sin el permiso del autor. Pero el derecho de transformación merece ser tratado de manera individualizada: La transformación “comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente” (TLPI, art 21.1). Es decir: el artista tendría la facultad explícita de hacer o autorizar la transformación de la obra original. En este caso, parece que conferir a Wilfredo Prieto la capacidad de poder autorizar -o no- cualquier obra derivada de “vaso de agua medio lleno”, una obra que formalmente es un vaso de agua medio lleno, tendría un alcance más amplio del esperado o del deseado por la Ley de Derecho de autor.

Sería contrario al equilibrio que busca el derecho de autor entre el poner en manos de un solo titular la capacidad de autorizar o no la creación de obras derivadas de una obra demasiado genérica, o demasiado común. Pero si el “Vaso de agua medio lleno”, la *obra artística* de Wilfredo Prieto es reproducida, distribuida o comunicada públicamente, Wilfredo Prieto debería tener la capacidad de autorizar -o no- este ejercicio de los derechos exclusivos del titular de derechos de autor y de pedir una remuneración -o de poder renunciar a ella.

Las *obras artísticas* deberían ser consideradas originales por ser *artísticas*, sin dejar en manos de los jueces la consideración de si su manifestación formal alcanza o no el umbral de originalidad requerido según cada legislación aplicable. Sentencias como de “*Paradis*”, en las

que el tribunal hábilmente teje una ensortijada argumentación para conferir la originalidad en el *sentido* de la obra y no en su formalización material: “*situar una palabra en un lugar particular y cambiándole el sentido (el autor) se expresa formalmente en una realización material original*”, indican una predisposición por parte de los tribunales para no dejar desprotegidos a los artistas visuales, sujetos a los que indudablemente la ley pretendía apoyar, sea cual sea su lenguaje artístico o medios de expresión creativa. Otros tribunales como el del caso *Wilflowers*, quizás un poco más reticentes a considerar una obra de “land art” como una “obra artística”, afirman “en la ley tiene que haber límites, no todo el arte conceptual puede obtener la protección del *copyright*”³⁸⁹.

La curiosa consecuencia de no reconocer los derechos de autor de estos autores es que las reproducciones de sus obras generan derechos a sus fotógrafos, pero no a los autores. Es decir, si “Vaso de agua medio lleno” se utiliza como portada en un catálogo sobre arte conceptual de mucho éxito, la editorial tendrá que obtener la licencia al fotógrafo de la obra y no a Wilfredo Prieto. No parece justo que Ignasi Aballí o Wilfredo Prieto no tenga la seguridad de poder reclamar a un tercero por la reproducción ilegítima de sus obras mientras que cualquier otro artista anclado en técnicas y estéticas del siglo XIX con obras mucho menos originales artísticamente no tenga ninguna dificultad para demostrar que su obra es original y poder ejercer los derechos de autor de su obra.

Artistas como Obras Ignasi Aballí o Wilfredo Prieto deberían poder impedir que su “gran error” o “vaso medio lleno” fueran reproducidos sin su autorización y sin tener que recurrir a otras legislaciones como el derecho de marca o la competencia desleal.

8.3.3. ¿A quién había que proteger, a la obra, al artista?

Algunos trabajos doctrinales defienden que la normativa debería prestar más atención al concepto de autor y menos al de obra. Sabemos, como dice el Profesor Ramon Casas, que “*ser artista no es un estado civil pero no hay creación sin artista*”.

Quizás la respuesta debería estar en proteger el derecho del artista como un derecho de imagen de naturaleza patrimonial que no recaiga sobre la imagen sino sobre el nombre, una

³⁸⁹Kelley, 304

suerte de fusión entre el derecho de marca y el derecho de imagen patrimonializado con el objetivo de no poder usar un vaso de agua medio lleno que se atribuye a Wilfredo Prieto sin su consentimiento. Treppoz plantea también este tipo de posible protección pero la limita a que el artista tenga que poseer una cierta notoriedad³⁹⁰.

8.4. Reflexión final

De la misma manera que las reivindicaciones de artistas como Victor Hugo consiguieron que se reconociera el valor trabajo y su aportación a la sociedad, y convirtieron su obra en un valor de mercado, los artistas conceptuales también podrían reclamar esta igualdad de reconocimiento, una ley que se adapte a la naturaleza de sus obras. Pero la diferencia con sus compañeros de profesión que crean obras de arte originales plasmadas en un soporte tangible es que ellos (los artistas conceptuales) nunca van a tener esta pretensión. Estos artistas perciben el derecho de autor como un cuerpo legal ajeno a sus pretensiones, no se consideran sujetos beneficiarios de sus objetivos ni pretenden que su obra sea objeto de esta ley.

Tostadoras, bases de datos, “meras fotografías” hechas por satélites, en definitiva, *obras* cuyos titulares, en la mayoría de los casos, son personas jurídicas que basan su modelo de negocio en la explotación de la propiedad intelectual, han conseguido una legislación favorable a sus intereses. Los artistas visuales, los galeristas y los centros de arte han encontrado soluciones para garantizar la libertad de expresión y de creación de los artistas y facilitar su exposición y su circulación en el comercio jurídico de bienes materiales, pero no han recurrido a la Ley de Propiedad intelectual, instrumento jurídico creado para fomentar la creación y dotar de herramientas de protección a los artistas, para adaptar su legislación a estos cambios artísticos que lejos de ser recientes ya forman parte de la historia del arte.

El derecho de autor necesita un nuevo paradigma. La doctrina ha reparado en esta problemática, sin embargo, la jurisprudencia sobre estos temas es más bien escasa, dando la impresión que toda la reflexión respecto a este tema es más bien una pregunta de laboratorio.

³⁹⁰ "Quelle(s) Protection(s) Juridiques pour l'Art Contemporain?", op. cit., p. 74

El arte es la culminación de la expresión humana y está en continua evolución, y si la Ley de Propiedad Intelectual es la herramienta para proteger el arte como bien jurídico, el legislador debería crear la estructura legal suficientemente flexible para dar cobertura a las cambiantes formas de expresión.

Habría también que reflexionar sobre lo que fue primero: La desconexión del legislador con el arte o el cambio de pretensiones del artista respecto a la ley que le permite, supuestamente, obtener un rendimiento económico de la explotación de sus obras. Treppoz argumenta que parece que el mundo del arte contemporáneo haya creado sus propias reglas rechazando las del derecho³⁹¹. Y así es: donde la ley no alcanza, este sector se ha auto-regulado y no ha recurrido a la cobertura legal para proteger sus derechos de explotación. En las recientes modificaciones de la Ley de Propiedad Intelectual la participación de los artistas visuales es más bien escasa³⁹².

La Ley de Propiedad Intelectual Española, además, usa un término “artes plásticas” que suena anacrónico para los artistas, cosa que añade todavía más dificultad para poder reconocer “su” ley.

Cabe aquí detenerse en cuál sería la “pretensión” del artista que realiza “obras” que no son protegibles bajo la legislación de propiedad intelectual. ¿Pretendería Christo denunciar a Santiago Sierra por envolver el cartel de ESPAÑA del pabellón español de la bienal de Venecia, siendo él el artista que ha utilizado el hecho de envolver o cubrir objetos como un método de expresión artística?

¿Pretenderían los herederos de Yves Klein tomar algún tipo de acción legal contra Antoni Miralda, que en los años 80 entusiasmó a Nueva York con sus cócteles azules (los célebres “Margarita Blue”) que se servían en su restaurante “el internacional”?

³⁹¹“Quelle(s) Protection(s) Juridiques pour l'Art Contemporain?”, op, cit. p.53

³⁹² En las comparecencias al Congreso de los Diputados de España que tuvieron lugar en 2018 para la creación de un Estatuto del Artista participaron 31 representantes de colectivos profesionales incluyendo representantes del circo, danza, videojuegos, Sindicato de Guionistas Españoles, Unión de Actores y Actrices, Asociación Colegial de Escritores, técnicos Audiovisuales Cinematográficos, Asociación profesional de Ilustradores de Madrid, Unión de Asociaciones de Artistas Audiovisuales, Escuela Superior de Arte Dramático de Murcia, Técnicos Audiovisuales Cinematográficos, Asociación Colegial de Escritores.. pero ninguna comparecencia defendió los intereses específicos de los artistas visuales.

Es importante cuestionarse porqué el legislador ha adaptado el concepto de originalidad con referencia a solo tres categorías de obras (: programas, bases de datos y fotografías), y que el debate sobre la originalidad en las obras artísticas es básicamente una cuestión doctrinal.

CAPITULO 3: EL ARTE APROPIACIONISTA COMO OBJETO DE DERECHOS DE AUTOR**1. INTRODUCCIÓN**

Mientras que la palabra “*apropiacionismo*” pone en guardia casi inmediato a juristas y abogados, para los historiadores del arte este término es tan importante como cualquier otro movimiento artístico del siglo XX como puedan ser el cubismo, el *pop art* *poverta* o el surrealismo. Museos de todo el mundo albergan en sus salas obras de artistas “apropiacionistas” o de artistas que incorporan o se apropian de obras ajenas protegidas por derechos de autor, sin pedir permiso a los titulares de dichas obras ni –como veremos más adelante- contar con la protección y la seguridad jurídica de ningún límite que les permita usar la obra ajena en aras de sus derechos fundamentales de expresión o de creación artística.

La *apropiación* en arte es el uso de una o más obras ajenas pre-existentes, casi siempre sin permiso, ya sea transformando su aspecto original o reproduciéndolas total o parcialmente sin modificación alguna, para ser incorporadas en un contexto diferente a su contexto original, con el objetivo de examinar cuestiones referentes a su originalidad o de rebelar significados que previamente no eran visibles en el original.

El MOMA define la apropiación artística como el acto de “tomar prestado o copiar de manera intencional y alterar intencionalmente objetos e imágenes preexistentes. Se trata de una estrategia que ha sido utilizada por los artistas desde hace miles de años, pero que toma una significación especial en la mitad del siglo XX en Norteamérica y Gran Bretaña, donde el auge consumista y la proliferación de las imágenes que se convierten en populares gracias a la proliferación de los “mass media” ya sea a través de las revistas o la televisión”³⁹³.

El apropiacionismo existe en todos los campos de la creación artística, como la literatura, la música o el cine. En artes visuales el arte apropiacionista es el que recontextualiza un objeto u obra de arte para forzar o provocar una relectura del mismo o de un tema que el artista apropiacionista asocia con la obra apropiada. La imagen “apropiada” puede ser una fotografía, una página de un periódico, un anuncio publicitario o hasta otra obra de arte.

³⁹³ Definición disponible en el apartado “Moma Learning” https://www.moma.org/learn/moma_learning/themes/pop-art/appropriation (última consulta 1/12/2020)

Esta práctica está absolutamente generalizada entre los artistas contemporáneos. Los grandes eventos donde se encuentra el sector del arte contemporáneo ya sean ferias o eventos culturales como ARCO³⁹⁴, Art Basel³⁹⁵, la Biennial de Venecia o la Bienal de Sao Paulo dan cuenta en cada una de sus ediciones de la importancia incuestionable de este género artístico que practican artistas contemporáneos de cualquier lugar del mundo.

Antoni Muntadas (Barcelona, 1942) es el artista que introdujo el término “Media Landscape”, que desarrolló en el *Center for Advanced Visual Studies* del Massachusetts Institute of Technology (MIT)³⁹⁶, para definir la expansión creciente de la presencia de los medios de comunicación o *mass media* y la introducción de material audiovisual en el espacio público: Mientras el artista del siglo XIX se inspiraba en la naturaleza mirando por la ventana, para el artista del siglo XXI la “ventana” es la pantalla del ordenador, y el “pincel” el click del ratón. Este cambio fundamental en la expresión artística tiene consecuencias dramáticas en el análisis jurídico del arte contemporáneo bajo la Ley de Propiedad intelectual.

Los artistas apropiacionistas son los que con más frecuencia se ha ocupado de la crítica o comentario político en sus obras. Las obras apropiacionistas de contenido político suelen ser con su carga simbólica igual de elocuentes que cualquier artículo de opinión de un periódico. Los artistas apropiacionistas utilizan obras ajenas para incorporarlas en sus obras como material expresivo. Aunque el uso de obras ajenas sea esencial para poder expresar su obra

³⁹⁴ARCO es la feria de arte contemporáneo más importante del estado español. Esta feria reúne una oferta artística que va desde las vanguardias históricas, hasta el arte emergente y actual. Arco se ha caracterizado por apoyar el desarrollo de un mercado del arte en España e impulsar el coleccionismo tanto privado como institucional y corporativo. Su primera edición se celebró en 1982.

³⁹⁵ Art Basel es una feria de arte internacional que se celebra anualmente en Basilea (Suiza), Miami Beach (Florida) y Hong Kong. Art Basel es una plataforma en la que las galerías muestran y enseñan su trabajo a coleccionistas, directores de museo y comisarios, pero al mismo tiempo atrae una enorme cantidad de visitantes. Las galerías que solicitan admisión en Art Basel pasan un examen riguroso por una selección de galeristas internacionales de reconocido prestigio.

³⁹⁶ “Professor of the Practice Antoni Muntadas Retires” PLAN , n, 87, Mayo 2014 disponible en <https://sap.mit.edu/article/standard/professor-practice-antoni-muntadas-retires> (ultima consulta 1/12/20)

creativa, este uso, si no es autorizado, puede llegar a constituir una infracción de la Ley de Propiedad Intelectual.

El caso del poster “Hope” de Barack Obama realizado por Shepard Fairey es muy ilustrativo. Shepard Fairey es un artista gráfico cuyos trabajos tienen una estética muy reconocible. En 2008, Shepard Fairey realizó el un póster con el retrato de Barack Obama y la palabra “hope” para su campaña presidencial. El diseño fue distribuido por todos los Estados Unidos en forma de póster, por medios digitales y utilizado para todo tipo de *merchandasing* promocional como chapas, camisetas o tazas. La imagen creada por Shepard Fairey alcanzó en poco tiempo la notoriedad otras imágenes de líderes icónicas como la famosa fotografía de Che Guevara de Jim Fitzpatrick³⁹⁷. La imagen llegó a ser adquirida por la National Portrait Gallery del Smithsonian Institute para representar el retrato del Presidente Obama. En 2009, American Associate Press denunció a Shepard Fairey por haber usado una fotografía cuya titularidad les pertenecía sin la correspondiente autorización.



Fig. izquierda: Shepard Fairey. Poster “Hope”

³⁹⁷ BARTON, Laura “Hope-the imatge that is already an American classic”. The Guardian, 10 nov. 2008. Disponible en <https://www.theguardian.com/artanddesign/2008/nov/10/barackobama-usa>, ultima consulta 16/12/2020.

Fig. derecha: *American Associate Press* Retrato de Obama

En 2011 las partes llegaron a un acuerdo judicial que no trascendió³⁹⁸. Después de la campaña y de la notoriedad adquirida por la imagen, numerosas parodias e imitaciones creadas por otros diseñadores imitaron directamente el estilo del famoso poster: desde la imagen de Sarah Palin, líder del Tea Party, representada por sus opositores con la palabra “NOPE” hasta el cartel promocional de la comedia “VEEP” pasando por la adaptación del póster con la máscara de Guy Fawkes que se convirtió en el icono del *Occupy Movement*, el movimiento de activistas que tuvo lugar a finales del 2011 que se creó como respuesta de la crisis financiera de 2008.



Posters inspirados en “Hope”

Durante el juicio Fairey había intentado argumentar la legalidad del uso de la fotografía apelando a la doctrina del *fair use* (hablaremos de ella en profundidad) pero American Press Association consiguió demostrar que Fairey obró con “mala fe” al borrar el copyright de la fotografía y que sus ganancias gracias a su explotación no le permitían cumplir los requisitos para acogerse a esta excepción. Seguramente es la razón por la que Fairey optó por el acuerdo extrajudicial: Fairey podría haber solicitado el uso a American Press Association de la foto por un coste relativamente bajo. Pero imaginemos que Fairey hubiera pretendido crear una obra con la intención de criticar la política de Donald Trump. Igual que en el caso de Obama,

³⁹⁸ El caso continuó en 2012 cuando Shepard Fairey se declaró culpable de falsedad documental en un tribunal federal de Nueva York por destruir y falsear las pruebas durante el juicio.

cualquier fotografía que pueda “tomar prestada” tendrá que ser de otro autor, porque obviamente es casi imposible retratar al presidente de los Estados Unidos si el fotógrafo no es un periodista autorizado. ¿Y si la foto que mejor encaja al artista para integrar en su obra es el retrato oficial del presidente? Obviamente la Casa Blanca nunca va a autorizar los derechos de transformación de ese retrato oficial para crear una obra derivada que critique al Presidente. Los derechos fundamentales de libertad de expresión y de libertad de creación toman una relevancia enorme en estos casos. Las obras que usen material ajeno tendrían que poder ampararse en algún límite o excepción que las proteja.

Como veremos en análisis jurídico de obras apropiacionistas en las páginas que siguen, el derecho de libertad de creación de los artistas que se expresan mediante obras de arte que incorporan obras de terceros no prevalece en todos los casos frente a los derechos de propiedad intelectual de los titulares de las obras copiadas. La casuística es compleja y el resultado de las sentencias sobre el asunto está muy lejos de conferir seguridad jurídica a los artistas para saber hasta donde alcanza la Ley de Propiedad Intelectual y cuál es el umbral de su libertad de expresión.

2 APROXIMACIÓN AL ARTE APROPIACIONISTA.

El apropiacionismo artístico es el uso de obras preexistentes sin modificarlas o, en todo caso, modificándolas de modo que permanezcan reconocibles. Esta recontextualización confiere un nuevo significado al trabajo copiado. El apropiacionismo no es un recurso artístico reciente, ni es fruto de la “revolución digital” ni de su efecto en el proceso creativo de los artistas, es una práctica muy frecuente en la creación artística y un recurso muy utilizado por muchos de grandes maestros del arte.

Históricamente, los artistas han copiado las obras de otros artistas sin ningún tipo de conflicto. La primera academia de Bellas Artes, la *Accademia delle arte dil Disegno* de Vasari, fundada el 1563 se basaba en la copia como es una práctica fundamental para la formación de un artista. Ya des de la época del renacimiento los artistas se formaban a copiando las obras de los grandes maestros.

Picasso se apropió de obras de Poussin, Velázquez, Rembrandt, Delacroix, Cranach o Courbet. Pero quizás la apropiación sobre la obra de Manet es la que constituye un ejemplo más clarificador de la importancia de la apropiación en la historia del arte.

Manet pintó el “Le déjeuner sur l’herbe” en 1863. Esta pintura fue muy polémica cuando se presentó en el salón des Refusés, por la manera como trataba el desnudo (mirando al espectador), por el contraste de la figura femenina desnuda al lado de los personajes masculinos vestidos y por el hecho que ningún personaje era ficticio, todos eran retratos de personas próximas al artista.



Fig. izquierda: · Edouard Manet, *Le déjeuner sur l'herbe*, 1863. Oleo sobre tela 2,080 x 2,645 m. Paris, musée d'Orsay © Patrice Schmidt,

Fig. derecha: Pablo Picasso *Le déjeuner sur l'herbe d'après Manet*, 1960. Oleo sobre tela, Londres, Nahmad Gallery © Succession Picasso, 2008

A su vez, Manet se había inspirado en otra obra magistral, El “concierto campestre de Tiziano”. Entre 1949 y 1962 Picasso realizó varias versiones de la pintura de Manet, dibujos y un lienzo al óleo: 27 pinturas, 140 dibujos, 3 grabados y algunas maquetas para una escultura.

Otros artistas menos conocidos también han creado sus obras partiendo de *Le Déjeuner sur l'herbe*



Fig. izquierda: Sally Moore, *Le Dejeuner sur l'Herbe*—after Manet
<https://sallymoorepainter.co.uk/2014/05/16/246/>

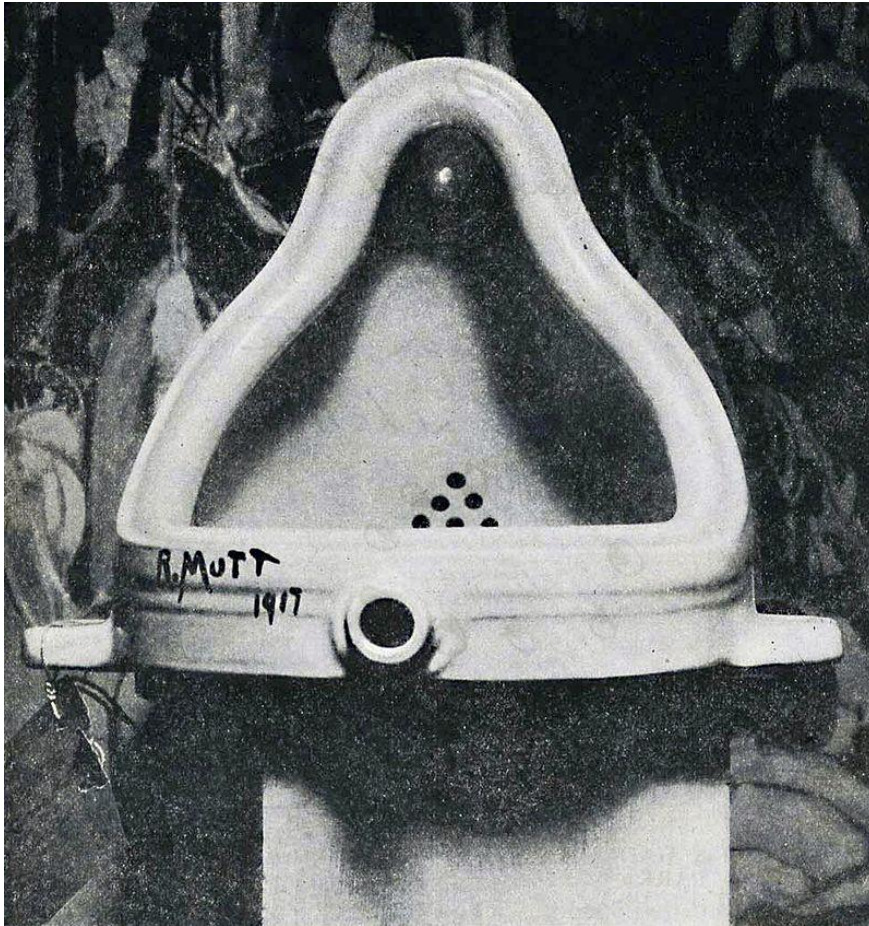
Figura derecha; Michel Achard, “Star Wars sur l'herbe”, 2012, pintura digital
<http://www.isdat.fr/programmation/dejeuner-en-ville/>

A partir del cambio de siglo XIX al XX; los artistas empezaron a incorporar material existente (es decir, “material expresivo” que ellos mismos no habían creado, sino que “tomaban prestado” del mundo que les rodeaba) en sus obras. Los artistas se inspiraban y utilizaban todo que estaba a su alcance como medio de expresión: fragmentos de periódicos, fotografías, publicidad y otros elementos de los medios de comunicación empezaron a introducirse en sus trabajos en forma de “collage”. Los elementos u obras usados y la forma de combinarlos aportaban un sentido distinto al que el material original tenía en su origen.



Pablo Picasso, *La bouteille de Suze*, 1912

El collage y otros tipos de apropiaciones artísticas tienen la capacidad de transmitir una variedad muy amplia de mensajes y están abiertos a múltiples interpretaciones, fáciles o difíciles de dilucidar. Pero lo que las obras apropiacionistas tienen en común es que re-locando la obra u obras preexistente en un contenido diferente al que fue originalmente el contexto de su creación, la obra apropiada adquiere un significado o una expresión artística totalmente diferente a su significado original.



Marcel Duchamp, Fountain, 1917. fotografiada por Alfred Stieglitz.

[https://en.wikipedia.org/wiki/Fountain_\(Duchamp\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Fountain_(Duchamp))

La aparición del arte apropiacionista como corriente artística en artes visuales se remonta a principios del siglo XX; hace ya casi un siglo, cuando en 1914 Marcel Duchamp creó sus primeros “ready mades”, objetos de la vida cotidiana que él “reposicionaba” en un contexto artístico, titulándolo y firmándolo para otorgarle el estatus de obra de arte. Con este gesto Duchamp pretendía reflexionar con ironía sobre la ambigüedad de lo que es y lo que no es arte, iniciando un recorrido que acompañará a la creación artística durante todo el s XX.

En 1917 Marcel Duchamp creó su famosa “Fountain”; un urinario colocado en un pedestal. En 1917 esta obra fue considerada escandalosa, pero Duchamp había lanzado un mensaje que cambiaría la Historia del Arte para siempre: Cualquier cosa podía ser arte, y al mismo tiempo, insinuaba que el arte estaba al nivel de un retrete. “Fountain” es el más conocido de sus “ready mades”, pero Duchamp realizó muchos más: “Comb”, una pinta con la inscripción

“3 ou 4 gouttes de hauteur n'ont rien a faire avec la sauvagerie; M.D. Feb. 17 1916 11 a.m. o la famosa “Rueda de bicicleta”; una rueda de bicicleta fijada a un taburete.

Hoy en día nadie dudaría del valor artístico de estas obras, pero, sin embargo, como hemos visto en el capítulo anterior, la distancia entre estas obras de arte y las obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual deja fuera de protección a algunas de estas obras que no llegan al umbral de “altura creativa” requerido por la definición de originalidad.

El arte apropiacionista se ha ocupado de muchos temas, tales como la crítica del consumismo, la militancia anti bélica o las cuestiones de género, pero el comentario político ocupa un lugar destacado entre sus temáticas

2.1. El arte apropiacionista y la crítica política

Sin ánimo de exhaustividad, algunos ejemplos ilustrativos de la importancia de la crítica política en el arte apropiacionista son los siguientes:

a) John Heartfield

Uno de los más destacados artistas apropiacionistas que se servían de imágenes ajenas para crear otras de arte con el objetivo de transmitir sus mensajes cargados de crítica política fue John Heartfield, (Berlín, Alemania 1891- Berlín Este 1968), un artista muy conocido en el Berlín de la segunda guerra mundial por sus fotomontajes. En *“Und sie bewegt sich doch!”*³⁹⁹ el artista combina un retrato de Hitler, un dibujo de un oso, una fotografía de un casco al que añade dos cuernos y una bola del mundo. Todos estos elementos juntos conforman un potente mensaje anti-fascista.

³⁹⁹ “Y todavía se mueve!”



John Heartfield, *“Und sie bewegt sich doch!”* 1943 aparecido en un panfleto antifascista

<http://www.johnheartfield.com/John-Heartfield-Exhibition/john-heartfield-art/political-art-museum/adolf-hitler-portrait-heartfield-1943>

b) Rauschemberg

Otro ejemplo del apropiacionismo como herramienta expresiva de la crítica política lo encontramos en los años 50 con Robert Rauschenberg (Port Arthur, Texas, Estados Unidos, 1925-Captiva, Florida, Estados Unidos 2008), que empezó a crear sus “Combines” utilizando todo tipo de materiales para sus obras, cuestionando la distinción entre lo que tradicionalmente se consideraba “arte” y los objetos cotidianos. A partir de la década de los sesenta Rauschenberg empieza a incorporar fotografías y fotogramas en sus lienzos a través de la serigrafía. En *Retroactive I*, (1963), Rauschenberg utiliza un fotograma de un discurso del presidente Kennedy en un discurso televisado durante la crisis de los Misiles de Cuba en octubre del 1962.



Robert Rauschenberg *Retroactive I*, 1963. Óleo y serigrafía sobre tela.

<http://www.rauschenbergfoundation.org/art/art-in-context>

No consta que Rauschenberg tuviera problemas con la apropiación de este fotograma, pero sí se encontró con una demanda por uso no autorizado de una imagen apropiada una década más tarde: En 1976 Robert Rauschenberg fue portada de la revista Time. Entre las obras del artista aparecía “Pool”, un lienzo realizado a partir de “México diver” una fotografía del fotógrafo de San Francisco Morton Beebe que este había realizado para un anuncio de cámaras Nikon. Beebe demandó a Raushenberg y el caso fue resuelto extrajudicialmente en 1980.

A raíz de este incidente Rauschenberg empezó a usar exclusivamente su propio material cuando se trataba de incorporar fotografías en sus obras⁴⁰⁰ Morton Beebe envió un escrito en 2010 a la Casa Blanca en motivo de los *Public Comments on the U.S. Intellectual Property Enforcement Joint Strategic Plan* solicitando lo siguiente ““Les animo a fortalecer las leyes de

⁴⁰⁰Guggenheim Collection Online, Robert Raushenberg. Disponible en <https://www.guggenheim.org/artwork/artist/robert-rauschenberg> (última consulta 1/12/20)

*derechos intelectuales para proteger mejor a la comunidad creativa de la piratería, incluso de nuestros compañeros artistas”*⁴⁰¹.



Morton Beeve, *Mexican diver*

Fuente:

www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/IPEC/frn_comments/BeebeMorton.pdf

⁴⁰¹ Fragmento del escrito que Morton Beebe envió a la Casa Blanca en motivo de los Public Comments on the *U.S. Intellectual Property Enforcement Joint Strategic Plan* Disponible en https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/IPEC/frn_comments/BeebeMorton.pdf (última consulta 1/12/20)



Rauschenberg *Pull (Hoarfrost Series)*, 1974, impresión sobre tela en tinta y serigrafía

fuelle:http://greg.org/archive/2012/06/27/beebe_v_rauschenberg_the_first_big_appropriation_lawsuit.html

c) Barbara Kruger

Barbara Kruger (Newark, New Jersey, Estados Unidos, 1945) es otra artista conocida por sus obras apropiacionistas, aunque mayoritariamente se considera una artista conceptual que trabaja sobre temáticas relacionadas con la construcción del poder, la identidad y la sexualidad. Su técnica más utilizada es el collage, aunque en sus trabajos más recientes también utiliza el audiovisual y las instalaciones sonoras. La artista utiliza fotografías de otros autores a las que añade un texto con la intención de provocar al espectador, como la que realizó por encargo del New York Magazine en octubre del 2016. La foto utilizada en este caso

es de Mark Peterson, colaborador habitual del New York Magazine, y fotógrafo muy reconocido por sus fotografías de las campañas presidenciales de los Estados Unidos.



Barbara Kruger, portada de la edición sobre las elecciones New York Magazine, 13 octubre 2016. Photograph by Mark Peterson / Redux.

Fuente: <http://nymag.com/press/2016/10/cover-donald-trump-by-barbara-kruger-for-the-election-issue.html>

Para que este tipo de obras puedan realizarse sin ningún tipo de inseguridad jurídica, sería necesario un límite a los derechos de autor que hiciera prevalecer los derechos fundamentales (la libertad de expresión y de creación) en la práctica artística ante los derechos del titular del autor de la imagen copiada.

2.2 Apropiacionismo y pop art

a) Andy Warhol

Entre los artistas grandes artistas apropiacionistas está también Andy Warhol (Pittsburgh, Pensilvania, Estados Unidos 1928-Nueva York, Estados Unidos 1987). Warhol necesita pocas presentaciones: Se trata del padre del movimiento artístico llamado “Pop Art” que revolucionó la expresión artística con sus obras inspiradas por las celebridades los medios de comunicación y los anuncios publicitarios que marcaron la década de los 60. Entre las técnicas que desarrolló destacan el collage, la serigrafía y el recurso de la repetición de imágenes que “tomaba prestadas” de cualquier ámbito que estaba a su alrededor: Publicidad, televisión, etc.

Entre las obras más populares de Warhol destacan sus series sobre “Marilyn” que realizó utilizando una de las fotografías realizadas para la campaña de publicidad de la película “Niágara”. El autor de la imagen publicitaria de la película de *20 Century Fox* fue Gene Korman, y la famosa foto de Marilyn fue tomada en 1953. Warhol se apropió la foto sin permiso de su titular, y xerografió el retrato de Marilyn primero sobre un lienzo dorado y después creando sus famosas series de Marilyn, que ya forman parte de la cultura visual universal del s XX y que llegaron a alcanzar la cifra de 17,3 millones de dólares en una subasta de Sotherbies⁴⁰².

⁴⁰²“Orange Marilyn” (1964) alcanzó el precio más elevado pagado por una obra de Warhol alcanzando la cifra de 17,3 millones de dólares en mayo de 1998 en el Sotherby’s de NY. <http://www.nytimes.com/1998/05/15/arts/17.3-million-marilyn-sets-record-for-warhol.html?mcubz=3> (última consulta 1/12/20)



Fotografía original de Gene Korman para publicidad de la película *Niagara* (1953)

Fuente: https://www.moma.org/learn/moma_learning/andy-warhol-gold-marilyn-monroe-1962



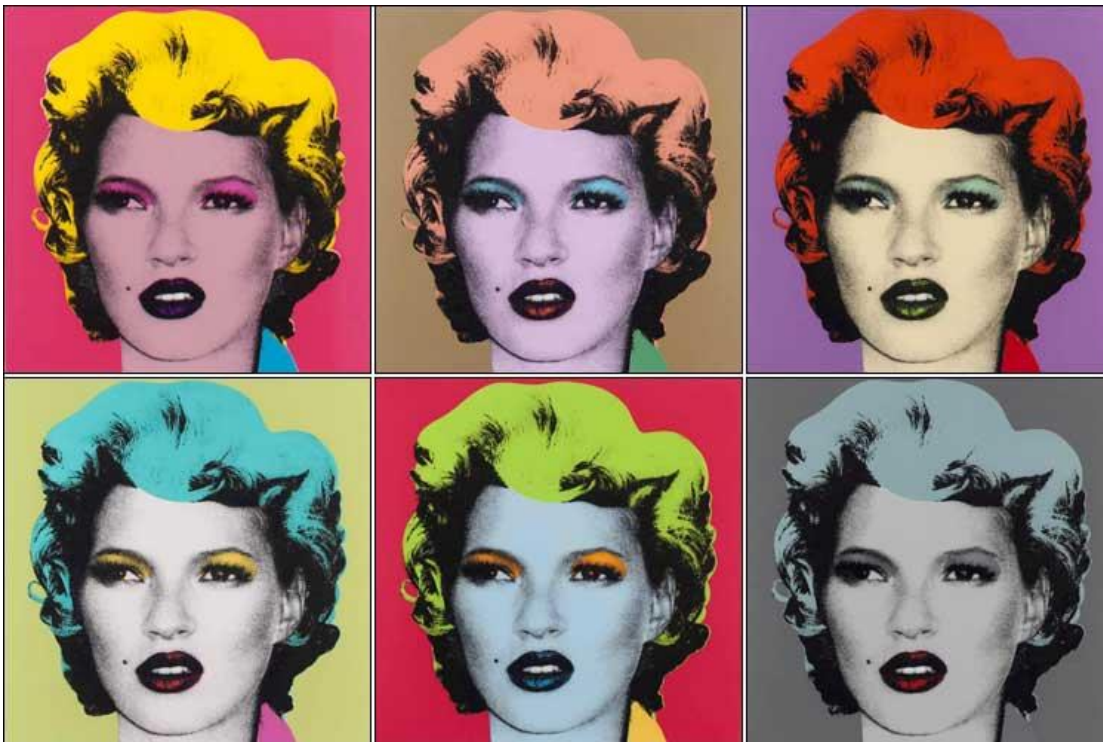
Andy Warhol, Serigrafía en acrílico sobre tela, 211,4 x 144,7 cm (1962)

https://www.moma.org/learn/moma_learning/andy-warhol-gold-marilyn-monroe-1962



Andy Warhol, *Marilyn Series*, formada por 10 serigrafías con la misma imagen y distintos colores (1967) 91x91 cada imagen, edición de 250 ejemplares.

Fuente: <https://www.artetrama.com/es/blog/andy-warhol-marilyn-series>



Banny, *Kate Moss al estilo de Marilyn Monroe*

Fuente: http://news.bbc.co.uk/1/shared/spl/hi/pop_ups/06/entertainment_enl_116133978_9/html/1.stm

Warhol se apropió de la imagen de Marilyn sin solicitar la autorización de su titular, pero la imagen de Marilyn ha sido fuente de inspiración, crítica y comentario para un incontable número de artistas de todo el mundo que han creado obras apropiándose o inspirándose en esta serie, des de artistas anónimos hasta autores de gran popularidad como Banny, que realizó el retrato de Kate Moss inspirado en Marilyn.

Warhol realizó otras obras apropiándose de imágenes ajenas que xerografiaba en sus telas, como las imágenes de Elvis Presley, las famosas “Sopas Campbell” de las que reproducía el logo, convirtiéndolas en la sopa enlatada más famosa de la historia, o las cajas de jabón “Brillo Box”. Todas estas imágenes repetidas en serie fueron “apropiadas” con el objetivo de aclamar la cultura comercial de masas y la abundancia americana de los años 60. Apropiarse de las imágenes de la cultura popular y comercial era inevitable si su mensaje era el comentario crítico o irónico de los mass media y de la producción en masa.

Warhol, como Rauchenberg, tuvo que hacer frente a demandas por utilizar fotografías sin autorización. La primera fue en 1966 cuando la fotógrafa Patricia Caufield le denunció por usar sus fotografías de flores de hibiscus para realizar su serie “Flowers” que aparecieron en 1964 en una revista. Como Rauschenberg, caso se resolvió extra-judicialmente y la demandante aceptó una indemnización por el uso de sus fotos. La serie “Flowers” se vendió en Christies por 8,411,750 dólares⁴⁰³. Los fotógrafos Fred Ward y Charles Moore también ejercieron sus derechos de autor alegando copias no autorizadas por parte de Warhol de sus obras. El primero era el fotógrafo de las fotografías originales de Jackie Kennedy apropiadas por Warhol y el segundo era el autor de la serie que se exhibió en París *Death in America*, unas fotografías cargadas de crítica política relacionada con el movimiento a favor de los derechos civiles. La foto de Moore representaba a los manifestantes de raza negra siendo brutalmente atacados por perros policía. fue publicada en Life Magazine, y Warhol la re-utilizó para crear otra de sus famosas serigrafías, “Race riot”.

Warhol dejó de utilizar imágenes ajenas como consecuencia de estas denuncias.

⁴⁰³Así lo anunciava la casa de Subastas Chrisites <http://www.christies.com/lotfinder/Lot/andy-warhol-1928-1987-flowers-5684073-details.aspx> (ultima consulta 1/12/20)



Revista "Modern Photography" con fotografías de Patricia Caulfield, intervenidas por Warhol (1964). Fotografía: © The Andy Warhol Museum, Pittsburgh obra© 2017 The Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. / Artists Rights Society (ARS), New York and DACS, London.

<http://www.sothebys.com/en/auctions/ecatalogue/lot.113.html/2017/contemporary-art-day-auction-l17021>



Andy Warhol, *Flowers*

Acrílico sobre tela i serigrafía 60.9 x 60.9 cm cada uno
<http://www.christies.com/lotfinder/Lot/andy-warhol-1928-1987-flowers-5684073-details.aspx>

En 1996, habiendo ya fallecido Warhol, *Time* y Henri Dauman, el autor de una foto de Jackie Kennedy utilizada por Warhol para crear su obra en 1964 “16 Jackies” denunciaron a la fundación Andy Warhol. El caso, como el anterior, se resolvió extrajudicialmente⁴⁰⁴.

b) Roy F. Lichtenstein

Otro famoso artista que utilizaba obras ajenas fue Roy F. Lichtenstein, uno de los mayores representantes del “Pop Art”, que junto a Warhol y Jasper Jones cuestionaba el arte tradicional y elitista basando su arte en imágenes del “mass culture” que eran accesibles a cualquier persona. Su “inspiración” principal eran las tiras de cómics, aunque al final de su carrera también creó “versionando” obras maestras de Cézanne, Van Gogh o Picasso. Las pinturas de Lichtenstein no son copias exactas de las viñetas de las obras en las que se inspira.

404 En *Dauman v. Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc.* la cuestión plantada al tribunal se centró en la cuestión si el aviso de copyright a favor de Dauman era válido en el momento de la publicación.

En sus obras basadas en los cómics, autor añade su “toque personal” cambiando algunos detalles o modificando ligeramente el contenido de los “bocadillos”. Las obras de Lichtenstein se han vendido por 150 millones de dólares⁴⁰⁵

Lichtenstein nunca pidió permiso a los titulares de las tiras de comics para realizar sus obras derivadas, ni tampoco se ocupó de dejar claro quiénes eran los autores de sus fuentes de inspiración. Tampoco ha trascendido ningún incidente judicial sobre infracción de propiedad intelectual de su obra.



Viñeta original de Toni Abruzzo a la izquierda, a la derecha la obra de Liechtenstein “oh Jeff I love you too but.”

Fuente: <http://davidbarsalou.homestead.com/LICHTENSTEINPROJECT.html>

⁴⁰⁵ En enero del 2017 “Masterpiece” fue vendida por 150 millones de dólares por la presidenta emérita del MOMA Agnes Gund a un coleccionista particular. <https://www.nytimes.com/2017/06/11/arts/design/agnes-gund-sells-a-lichtenstein-to-start-criminal-justice-fund.html>

La imagen superior aparece en la web del proyecto “Deconstructing Lichtenstein”; de David Barsalou, que durante 32 años ha investigado cuales son los comics originales en los que Lichtenstein se inspira para crear sus obras.⁴⁰⁶

La fundación Liechtenstein ha sido criticada por perseguir infracciones de propiedad intelectual del artista, incluso cuando las obras supuestamente “infractoras” alegaban haberse inspirado en la misma fuente que Roy Liechtenstein en lugar de las mismas obras de Roy Lichtenstein⁴⁰⁷.

c) Jeff Koons

Jeff Koons es desde la década de los ochenta uno de los artistas contemporáneos más controvertidos, y también uno de los más cobijados por los coleccionistas. Durante un tiempo, hasta que Demian Hirst le superó en cotización, Koons fue el artista vivo más cotizado del planeta. La crítica de arte está profundamente dividida sobre si Koons es un genio o un invento del mercado, pero entre tanto su obra se ha expuesto en los centros de arte más importantes del mundo (Museo de Arte de Buenos Aires MALBA, 2016; Palazzo Vecchio de Florencia, 2015; Guggenheim de Bilbao, 2015; Centre Pompidou de Paris 2014; Whitney Museum of American Art de Nueva York, 2014; por poner solo algunos ejemplos) A Koons, igual que a Richard Prince, de quien hablaremos más adelante, le representa la Gagosian Gallery de Nueva York, una de las galerías más importantes a nivel internacional.

Las obras Koons ha sido protagonistas de un gran número de controversias judiciales⁴⁰⁸. que en algunos casos dejaron entrever una hostilidad patente hacia su obra y una actitud

⁴⁰⁶ CHILDS, Brian “Deconstructing Lichtenstein: Source Comics Revealed and Credited”, 2 febrero 2011 en Comics Alliance, disponible en <https://web.archive.org/web/20130112223049/http://www.comicsalliance.com/2011/02/02/deconstructing-lichtenstein-source-comics-revealed-and-credited/> (ultima consulta 1/12/20)

⁴⁰⁷ La Fundación Lichtenstein reclamó los derechos de propiedad intelectual de la portada del nuevo disco del grupo “Elsinore” declarando que dicha portada infringía los derechos de la obra “Kiss V” de Lichtenstein. En realidad, esta obra fue creada a partir de la misma tira de cómic en la que se inspiró Lichtenstein. <https://www.techdirt.com/articles/20100507/0231219332.shtml>

⁴⁰⁸ Además de Rogers v. Koons, que será ampliamente comentada, Koons también fue denunciado por copiar al famoso perro “Odie” del comic “Garfield” en 1993 en United Feature Syndicate v. Koons 817 F. Supp. 370

cuestionable respecto a la neutralidad de la valoración estética de las obras que se requiere para un ecuánime análisis judicial. El juicio más célebre de este artista es el “string of puppies”, en la que el artista realizó una escultura basada en una fotografía del fotógrafo Rogers, reconoció que se inspiró en la fotografía. La sentencia del Tribunal Supremo fallo en contra de Koons por intentar justificar la copia no autorizada para criticar las banalidades de la clase suburbana, en lugar de parodiar la foto en sí. Hablaremos de esta sentencia más adelante.

2.3. El apropiacionismo como expresión artística”

a) The pictures generation

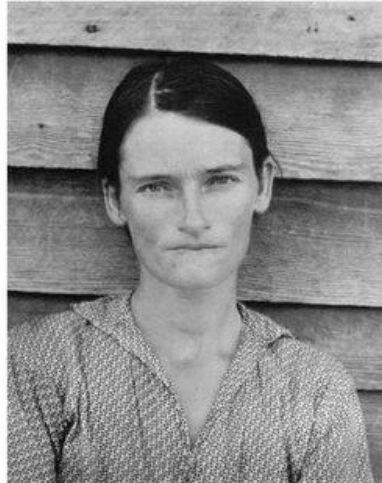
Entre el 1974 y el 1984 se formó un grupo de artistas llamado “The Pictures Generation” incluyéndose entre ellos a Cindy Sherman, Richard Prince y Sherry Levine. Este grupo de artistas centró su trabajo en la reproducción de imágenes reconocibles por la mayoría de las personas, que formaban parte del paisaje visual común de la época reproducidas por los medios de comunicación. Su intención era reflexionar como estas imágenes definen nuestras percepciones del mundo. La técnica utilizada por estos autores es la re-fotografía, fotografiar las obras de otros para crear su propio trabajo y dotarlo de contenido re-contextualizándolo.

⁴⁰⁹.

b) Sherri Levine

(S.D.N.Y 1993) Koons convirtió el perro en una figura de cerámica junto a un niño en un grupo escultórico llamado “Wild boy and Puppy”. El mismo año fue denunciado y perdió de nuevo en caso en Campbell v Koons 1993. U.S. Dist. LEXIS 3957 (S.D.N.Y 1993). La obra en controversia estaba copiada de una fotografía de la fotógrafa Barbara Campbell llamada “boys with pigs” y formaba parte de la misma exposición que la famosa “String of puppies”. En 2006, en un caso que también será tratado más adelante, el artista copió unas piernas de una revista para crear su obra “Niagara”.

⁴⁰⁹En 2009 el Metropolitan Museum of Art de Nueva York organizó una exposición llamada “The pictures generation, 1974.1984” <http://www.metmuseum.org/exhibitions/listings/2009/pictures-generation/photo-gallery>



Walker Evans
Alabama Tenant Farmer Wife, 1936
Gelatin silver print



Sherrie Levine
After Walker Evans 1981

Fuente: <https://www.chasepublic.com/events/2017/5/18/after-walker-evans-chase-public-response-project-xxii>

Sherrie Levine (Hazleton, Pensilvania, Estados Unidos, 1947) lleva el apropiacionismo un paso más allá. Para crear sus obras re-fotografía imágenes de fotógrafos (siempre hombres) con la intención de cuestionar nociones como las estrategias de la representación, es decir, el mismo concepto de la autoría y originalidad la crítica a la noción tradicional del “artista genial” que la historia del arte ha reservado para artistas barones. Levine utiliza para sus referencias obras de artistas como Walker Evans, Edgard Degas o Constantin Brancusi.

Su serie de fotografías más conocida es “After Walker Evans”, que fue mostrada por primera vez en la exposición “Sherrie Levine After Walker Evans” en la Metro Pictures Gallery de Nueva York (1981). En estos trabajos la artista reproduce unas conocidas fotografías de un catálogo de exposición de Walker Evans, “*First and Last*” en las que Evans fotografió en 1933 por encargo de la *Farm Security Administration* (F.S.A) a los Burroughs, una familia de agricultores de Alabama durante la década de los 30, que fueron los años de la “gran depresión”. La imagen reproducida más arriba es el retrato de Allie Mae Brroughs, la mujer de un agricultor de Alabama. Las imágenes de Walker Evans se exhibieron sin absolutamente ninguna transformación por parte de Sherry Levine, que solo les cambio el título: “after Walker Evans”. La crítica y las instituciones entendieron rápidamente el mensaje de Levine: El cuestionamiento del mismo acto creativo, del sistema del arte, de la originalidad y del

concepto de autoría⁴¹⁰. La serie “After Walker Evans” de Levine se considera una obra crucial del arte posmoderno y se ha exhibido en los museos más prestigiosos del mundo ⁴¹¹

Walker Evans murió en 1975. La mayoría de sus obras se depositaron en el Metropolitan Museum de Nueva York pero las fotografías realizadas para el F.S.A. se confiaron a la Biblioteca del Congreso de Washington y se encuentran actualmente en el dominio público⁴¹². La reacción del legado de Walker Evans fue considerar las fotografías de Sherry Levine como una infracción de copyright y comprarlas para prohibir su venta. Levine donó las fotografías al Legado. Actualmente pertenecen al *Metropolitan Museum* de Nueva York, aunque la titular de los derechos de autor sigue siendo Sherry Levine.

El caso de Sherry Levine y la apropiación de las fotos de Walker Evans causó una profunda impresión en los círculos del arte contemporáneo, suscitando reacciones que no solo entre la crítica especializada sino también entre los mismos artistas: En 2001, casi veinte años después de la exposición “After Walker Evans” Michale Mandiberg escaneó las fotos de la serie apropiadas por Sherry Levine y las publicó en una web llamada www.afterwalkerevans.com y <http://www.aftersherrielevine.com/>. En esta web el visitante puede bajar e imprimir un certificado de autenticidad condicionado a seguir las pautas indicadas en cuanto a calidad de impresión y enmarcado⁴¹³.

En 2012, el museo de fotografía de Amberes incluyó en su exposición “From here on” el trabajo de Hermann Zschiegner que consistía en reproducir las diferentes imágenes del retrato de Allie Mac Burroughs que encontró realizando una búsqueda en internet con los

⁴¹⁰<http://www.metmuseum.org/art/collection/search/267214>

⁴¹¹ Sherry Levine ha expuesto en el MOMA de San Francisco (1991) Philadelphia Museum of Art; Portikus, Frankfurt, Alemania, LACMA (Los Angeles Museum of Contemporary Art) (1993-1995) Casino Luxembourg - Forum d'art contemporain, (1997) Harn Museum of Art de la Universidad de Florida, Gainesville (1998) *Musée d'art moderne et contemporain* (MAMCO), Ginebra (1999) , Arts Club of Chicago, y Georgia O'Keeffe Museum, Santa Fe (2006) Museum Haus Lange, Krefeld (2010) Whitney Museum of American Art, New York (2011) Portland Art Museum, Oregon (2013), Neues Museum, State Museum for Art and Design in Nuremberg, Alemania (2016) entre otros.

⁴¹² Brea, K. “The art of Walker Evans”. The Harvard Gazette, Arts & Humanities, 4 enero 2012
Disponible en <https://news.harvard.edu/gazette/story/2012/01/the-art-of-walker-evans/> y

⁴¹³ Holschbach Susanne “**Sherrie Levine «After Walker Evans»**” Media Art Net, disponible en <http://www.medienkunstnetz.de/works/after-walker-evans/>

términos “Evans+Levine”. La exposición abrió un debate sobre cuestiones como la Propiedad Intelectual, la Autoría, la privacidad y el futuro de la fotografía. La exposición estaba producida por “Reencontres d’Arles”, uno de los festivales de fotografía más conocidos del mundo y comisariada, entre otros, por Joan Fontcuberta e itineró también al Centre d’Art de Santa Monica de Barcelona ⁴¹⁴.

c) Richard Prince

Richard Prince (Canal de Panamá, 1949) es el otro gran re-fotógrafo que junto a Sherry Levine desarrolla su discurso alrededor del cuestionamiento de los derechos de autor y su efecto en el arte contemporáneo. Las re-fotografías de Levine pretenden ser un cuestionamiento del sistema del arte, construido alrededor de conceptos como la autoría y la originalidad. Las obras de Richard Prince, por el contrario, se concentran en el imaginario de la cultura visual actual y nos obliga a re-evaluarlo.

Richard Prince, es un artista muy conocido por sus obras apropiacionistas, en las que utiliza obras re-fotografiadas y reproducciones de anuncios publicitarios muy populares. El objetivo de las obras de Prince es subrayar el impacto de los medios de comunicación en la cultura llegando a crear un lenguaje muy personal de su interpretación del “pop art”. Prince empezó a usar imágenes apropiadas en los años 70 para crear sus propias obras, y su estilo desde entonces se enmarca mayoritariamente en el género de la apropiación y la re-fotografía.

Richard Prince es uno de los artistas más cotizados del mundo y lo representa la *Gagosian Gallery*, una galería de NY de reconocido prestigio. El valor de algunas de sus obras en subastas rozó los cuatro millones de dólares⁴¹⁵

Richard Prince es quizás el artista apropiacionista más conocido por sus provocativas obras y también por la jurisprudencia que se ha generado. Prince empezó a reproducir obras de otros autores en los años 70. Una de sus imágenes más conocidas es *Untitled (Cowboy)*, una “re-

⁴¹⁴ Nota de prensa, Photo Museum Antwerp, <http://1995-2015.undo.net/it/mostra/142505>, nota de prensa exposición Arts Santa Monica, disponible en <https://govern.cat/govern/docs/2013/02/20/14/40/33355f72-8c34-4f70-a2c9-d9e5509d84f9.pdf>

⁴¹⁵ En 2014 una de sus fotografías “Spiritual America” alcanzó el precio de 3,973,000 dólares <https://www.christies.com/lot/lot-richard-prince-spiritual-america-5792590/>

fotografía” tomada originalmente por Sam Abell y que la marca de cigarrillos Malboroug utilizó para su campaña publicitaria.

Prince utiliza fotografías ajenas protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual y las comenta a través de la “recontextualización”.

En 2013 Prince ganó el caso *Cariou v Prince*, en el que Prince utilizó las fotografías del libro “Yes Rasta” de otro fotógrafo, Patrick Cariou. Analizaré este caso más adelante. El tribunal federal del segundo circuito de los Estados Unidos, como veremos con detalle más adelante, consideró que la transformación de las obras copiadas justificaba su *fair use* (o uso justo) porque Prince comentaba la obra original a través de su apropiación.

d) Elaine Sturtevant

Elaine Frances Sturtevant (Estados Unidos, 1924 – Paris 2014), fue una artista norteamericana muy reconocida por sus cuidadosamente inexactas reproducciones de obras de otros artistas. "Sturtevant", nombre con el que era reconocida, fue galardonada con el León de Oro de la Biennial de Venecia de 2011, quizás el más prestigioso de los reconocimientos internacionales a la trayectoria de un artista, y expuso, entre muchos otros lugares en el MOMA de Nueva York en 2014⁴¹⁶ Sturtevant empezó a copiar el trabajo de sus artistas contemporáneos en 1964, recurriendo a las obras más importantes de su generación como pretexto para explorar el concepto de originalidad y de autoría. Sus trabajos imitan copias de sus colegas artistas - siempre barones- tales como Andy Warhol, Jasper Johns, Roy Lichtenstein, Claes Oldenburg, Frank Stella, y más tarde también Marcel Duchamp o Joseph Beuys. Warhol llegó a regalar a Sturtevant una de sus planchas de serigrafía para poder recrear su serie “Flowers”. Sturtevant es considerada por muchos como una de las artistas más importantes del siglo XX. Peter Eeley, el comisario de su exposición en el MOMA, sugiere que “*de alguna manera, el estilo fue su medio de expresión. Fue la primera artista postmoderna y quizás también la última*”⁴¹⁷ - Su práctica artística basada en la repetición mecánica realizada manualmente sin usar más

⁴¹⁶ Su exposición del MOMA “Double Trouble” fue comisariado por Peter Eeley, uno de los curators más prestigiosos y prescriptores del arte actual. <https://www.moma.org/calendar/exhibitions/1454>

⁴¹⁷ STURTEVANT: DOUBLE TROUBLE. Peter Eeley. Museum of Modern Art, New York, 2014. Distributed by Artbook|D.A.P., New York. 192 pp.

tecnología que un pincel plantea las mismas cuestiones sobre la originalidad de la obra y la reproductibilidad que serán absolutamente relevantes en la filosofía del arte del siglo XX y que son todavía fundamentales con la aparición de las nuevas tecnologías. Su valor artístico reside en tres pilares: La destreza con la que copia las obras (siempre con una pequeña modificación respecto al original), las preguntas que plantea, y, finalmente, la sorprendente capacidad que tuvo de identificar las obras que serían icónicas, algunas incluso, antes de que sus autores fueran famosos.

Las cuestiones que Sturtevant plantea con sus obras son las mismas preguntas sobre las que reflexionan los teóricos clave en la estética del siglo XX y XXI como Walter Benjamin o Baudrillard, y más adelante con la aparición del medio digital como herramienta expresiva: ¿existe la originalidad y el concepto de obra “única”? ¿es relevante el concepto de autoría? ¿Cuáles son los mecanismos de producción circulación recepción y canonización del arte contemporáneo?

Sin embargo, las reproducciones de Sturtevant, a pesar de cumplir con los requisitos para ser consideradas obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, son infractoras por la ausencia del acuerdo entre ella y el artista copiado. A pesar de plantear las mismas cuestiones que sus contemporáneos que desarrollaron su investigación a través de la crítica, estas obras no cuentan con la seguridad jurídica de los ensayos de los críticos y teóricos que, en lugar de expresarse en el medio de las artes visuales, se expresan a través de textos literarios.

2.4. La década de los noventa

a) Douglas Gordon



Douglas Gordon *24 hours Psycho*, 1993

Proyección de 24 horas

Imagen de la instalación, Solomon R. Guggenheim Museum, New York, 2008

Photo: Kristopher McKay

© The Solomon R. Guggenheim Foundation, New York

Fuente: <http://www.e-flux.com/announcements/24-hour-program-on-the-concept-of-time/>

Instalación de Video con dos pantallas y dos video proyecciones

La obra “24 Hour Psycho” del célebre artista Douglas Gordon fue un fenómeno cultural. Douglas Gordon (Glasgow, Escocia, 1966) es uno de los videoartistas más conocidos del mundo. Su trayectoria ha sido reconocida por con numerosos premios de mucho prestigio, entre ellos el *Turner Prize*⁴¹⁸. Douglas Gordon, igual que Prince, está representado por la Gagosian Gallery.

Las creaciones artísticas de Gordon exploran el concepto de la memoria y la repetición. Gordon utiliza para sus creaciones obras de terceros, principalmente fragmentos de películas muy reconocibles por el público. “24 Hour Psycho” es una reproducción de la famosa película de Hitchcock de 1960 proyectada a una lentísima velocidad (2 fotogramas por segundo), de manera que distorsiona completamente la percepción temporal. La duración de la película pasa a ser 24 horas en lugar de 109 minutos de la versión original. En 1993 la relación del público con el mundo de la cultura de masas estaba cambiando, sacar una película tan icónica

⁴¹⁸ El Turner Prize es un reconocimiento organizado por la Tate Gallery que reconoce al mejor artista de nacionalidad británica de menos de 50 años. Es probablemente el premio de más prestigio que cualquier artista británico puede recibir.

como “Psycho” de Hitchcock de los cines o del cine doméstico para reubicarlo en salas de exposición fue algo absolutamente revolucionario. *24 Hour Psycho* pasó a formar parte de la cultura global del arte contemporáneo; tanto es así que el reputado escritor americano Don DeLillo incorporó la obra en las principales escenas de su novela “Point Omega”.

Douglas Gordon no es el único artista que se basa en el 24h psycho para elaborar su trabajo. Paul Pfeiffer, de quien hablaremos a continuación, creo elaboró “Self Portrait as Fountain”, una instalación que consiste en una ducha con una cortina reconstruyendo exactamente la famosa escena de la ducha de la obra de Hitchcock, con la particularidad que la escala de la instalación es 1:1.5, es decir, un 50% mayor de cualquier ducha. La instalación comprende también un grupo de cámaras envolviendo la escena, emulando la técnica que debió ser usada para la filmación.

b) Paul Pfeiffer

Pfeiffer’s *The Pure Products Go Crazy* (1998)



Fotograma de la película “Risky Business” (1983)



Paul Pfeiffer, instalación from The Pure Products Go Crazy, 1998

Fuente: <http://collection.whitney.org/object/12225>

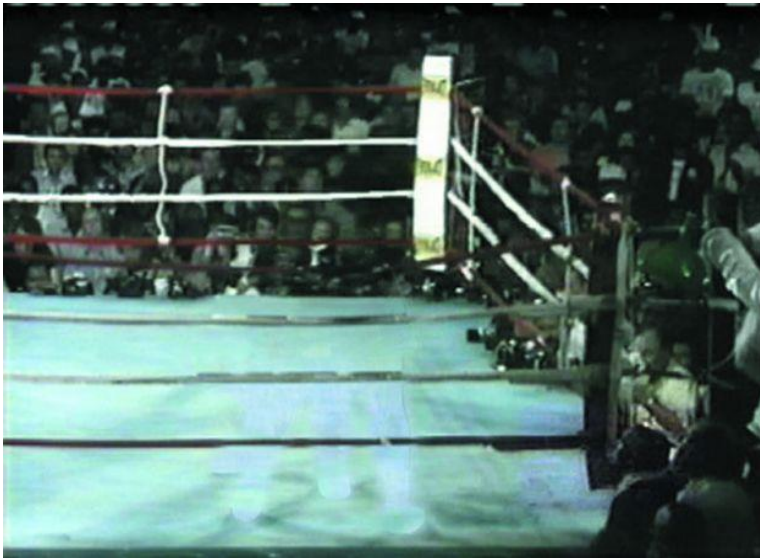
Paul Pfeiffer (Hawaii, 1966) es otro conocido artista norteamericano que utiliza para sus creaciones imágenes de películas, programas de entretenimiento y deportes. Su obra ha sido mostrada en exposiciones individuales en museos como el *Whitney Museum of American Art* de Nueva York (2001), Hammer Museum, en Los Angeles (2001), el *Museum of Contemporary Art* de Chicago (2003), *la National Gallery of Victoria* en Melbourne, Australia (2005) o *la Nationalgalerie Hamburger Bahnhof* de Berlín (2009).

The Pure Products Go Crazy (1998) el artista utiliza menos de un segundo de una escena de la película de 1983 "Risky Business" en la que el personaje interpretado por Tom Cruise se desploma en el sofá después de tocar frenéticamente la guitarra al aire. La proyección es intencionadamente minúscula, solo unos cuantos centímetros, contrastando la gran fama de Tom Cruise, el "Pure product"⁴¹⁹ empequeñecido de una manera casi ridícula al cual no se ve la cara.

Las recontextualizaciones de Pfeiffer acompañadas con modificaciones de tamaño y alteraciones, fuerzan al espectador a observar una imagen que a menudo está ya muy integrada en su cultura popular y a re-evaluarla. Ver repetidamente como Cruise se lanza al sofá provoca al espectador sacándolo de la pasividad. En palabras del mismo artista, "Lo que

⁴¹⁹ El título está también apropiado de un poema William Carlos Williams titulado "To Elsie" or "The pure products of America / go crazy" de libro *from Spring and all* (1923)

pretendo es que el observador observe la imagen de video con la misma atención contemplativa reservada para la pintura”⁴²⁰



Paul Pfeiffer *The Long Count (Rumble In The Jungle*

Digital video (color, silent; 2:51 min.), LCD monitor,

Dimensions 6 x 7 x 60" (15.2 x 17.8 x 152.4 cm)

Fuente: <https://listart.mit.edu/exhibitions/paul-pfeiffer-long-count-rumble-jungle-jungle&psig=AFQjCNGJIsD0FmdPK6jS5mARLR97HuxgPA&ust=1470990341086231>

The Long Count (Rumble In The Jungle), es la segunda de tres obras en la que el artista investiga sobre la identidad racial apropiándose de iconografía popular, especialmente de atletas. *The Rumble in the Jungle* fue un histórico evento del boxeo en Zaire (Actual República del Congo) que tuvo lugar en 1974 en el que Muhamad Ali ganó a su hasta entonces imbatido contrincante. En este caso el artista ha hecho desaparecer la imagen de Muhammad Ali de la pista de combate. En esta pieza el trabajo de edición Pfeiffer es largo y pesado, casi como el de un pintor hiperrealista trabajando en una pintura. En una entrevista, Pfeiffer declara lo siguiente: “Tomo prestado tanto de lo que uso que me considero menos un autor que un traductor cultural o un mediador”.⁴²¹

⁴²⁰ <https://whitney.org/collection/works/12225>, ultima visita 20/12/2020

⁴²¹ https://www.youtube.com/watch?v=ssJZIs9g_xQ

Pfeiffer admite pues de manera explícita que la base de su trabajo es “prestada”, pero sin embargo casi todos los sitios web consultados muestran imágenes de sus obras bajo esta rúbrica bajo la ficha técnica © 2016 Paul Pfeiffer⁴²²

2.5 El siglo XXI

a) Joy Garnett.

“Molotov Man” (2003)



Foto original de Susan Meiselas (1979)



F

⁴²² <http://www.moma.org/rails4/collection/works/109021?locale=en>

Joy Garnet *Molotov Man*, 2003

La fotografía original es una obra de Susan Meiselas tomada en 1979 durante la revolución de Nicaragua, que llegó a ser un símbolo de la Nicaragua Sandinista. La fotografía fue publicada en el libro "*Nicaragua, June 1978- July 1979*" y presentada en exposiciones dentro y fuera de Nicaragua⁴²³. En 2003, la artista Joy Garnett pintó el cuadro llamado "Molotov Man", basado en la fotografía y lo expuso en *Riot*, una exposición en la que presentaba una serie de pinturas de personas en estados emocionales extremos. En 2004, Meiselas acusó a Garnett de infracción de copyright exigiendo que retirara la imagen de su sitio web, que firmara con ella una licencia de carácter retroactivo y que reconociera la autoría de la foto original.

Garnett retiró la foto de su sitio web y Meiselas nunca llegó a demandar. Pero la historia fue mucho más allá. Algunas organizaciones activistas de la creación contemporánea en el ámbito digital como Rhizome.org iniciaron una campaña de apoyo a la artista apropiacionista y crearon réplicas de su página web en sus propios servidores. Otros artistas utilizaron ambas imágenes re-apropiándose de ellas e incluyéndolas en sus propios trabajos. La historia llegó a traspasar sus fronteras y artistas en Francia, Italia, China, la República checa, empezaron a crear obras derivadas de la fotografía. Joy Garnett documentó todo el proceso y las reacciones que suscitó y empezó a investigar el papel que el derecho de autor puede tener como inhibidor de la creación artística⁴²⁴.

b) Jon Routson

Jon Routson *Bootlegs* (2004)

⁴²³ Una de ellas, en el Museum of Contemporary Photography de Columbia College de Chicago, en 1993. <https://www.mocp.org/exhibitions/1990/2/nicaragua--mediation--meiselas--photographs-from-nicaragua-june-1978-july-1979-by-susan-meiselas.php>

⁴²⁴



Bootleg (The Passion of the Christ)
2004 projection from a digital source
<http://www.teamgal.com/artworks/534>

Jon Routson (Washington DC, 1969) es un artista conceptual que desarrolla su obra principalmente en formato vídeo. Sus trabajos más polémicos son los *bootlegging* realizados entre 1999 y 2004. *Bootleg* es un término que se utiliza para describir la reproducción y distribución no autorizada y por lo tanto ilegal de una obra audiovisual. La mayoría de las grabaciones resultantes del *bootlegging* terminan colgadas en sitios web de intercambio de archivos ilegales.

Routson realizó varias de estas grabaciones en cines de los Estados Unidos. Sus grabaciones son intencionadamente malas, grabadas en ángulo o con la silueta de una butaca de cines tapando parte de la pantalla, y en ellas se puede oír claramente la respiración o el carraspeo del público. Routson no cuelga sus grabaciones en los sitios de distribución pirata de internet, sino que las proyecta en las paredes de *Teamwork*, su galería de Chelsea, donde la calidad defectuosa de las películas se enfatiza combinando simultáneamente proyecciones de tres días diferentes intencionadamente desincronizadas en habitaciones adyacentes

Los vídeos no están a la venta, y el artista no tiene ninguna intención de piratear las obras que graba ilegalmente, si no de comentar sobre esa misma práctica. Los *bootlegging* de Routson son un comentario crítico sobre esa misma práctica:

Routson se convierte en un distribuidor de, como el mismo las llama, las “menos que copias” de las películas de Hollywood, envolviéndolas en un ambiente imperfecto, enfatizando los

carraspeos y movimientos inquietos de su audiencia y revelándose como el impostor entre la audiencia.⁴²⁵

Routson dejó de practicar el Bootlegging cuando el estado Maryland aprobó la ley contra las grabaciones ilegales en los cines.

c) Richard Prince's New Portraits exhibition:

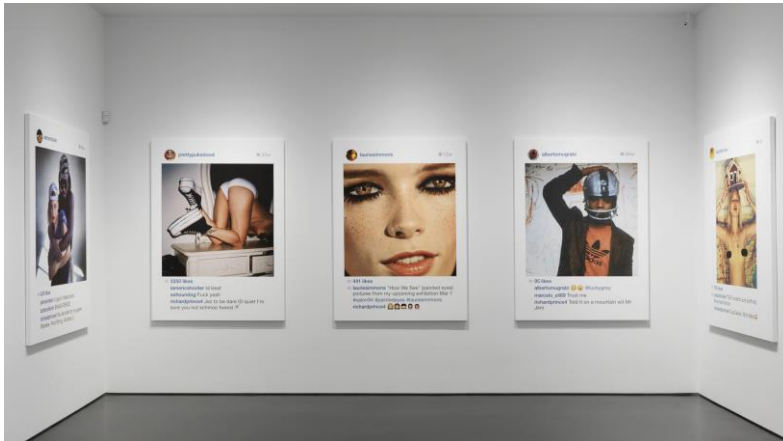


Imagen de la instalación en la Galería Gagosian de Nueva York

<https://es.images.search.yahoo.com/search/images?p=richard+prince+instagram&fr=mcafee&imgurl=http%3A%2F%2Fimages.huffingtonpost.com%2F2014-09-30-Princeinstall3.jpg#id=-1&iurl=http%3A%2F%2Fimages.huffingtonpost.com%2F2014-09-30-Princeinstall3.jpg&action=click>

El trabajo de Richard Prince, como hemos visto, se centra en la apropiación de obras de otros. Su práctica artística como apropiacionista se remonta a los años 80 cuando con sus obras de la serie “Cowboys” que reproducían anuncios del “hombre de Marlboro”, de Sam Abell⁴²⁶. Las obras de la serie “Cowboys” se vendieron por más de 3 millones de euros en Sothebys en 2014.

⁴²⁵ http://www.teamgal.com/exhibitions/45/recordings_ii

⁴²⁶ PARKINSON, Hanna Jane “Instagram, an artist and the \$100,000 selfies appropriation in the digital age. The Guardian, 18 julio 2015. Disponible en <https://www.theguardian.com/technology/2015/jul/18/instagram-artist-richard-prince-selfies> (ultima consulta 1/12/20)

En 2014 Prince presentó en la Gagosian Gallery, una de las más famosas de Nueva York, su nuevo proyecto: “New Portraits”⁴²⁷. En esta exposición se reproducían retratos apropiados de Instagram red impresos en grandes dimensiones con un texto escrito por él y algunos de los comentarios de los usuarios de la red. Algunas de las obras se vendieron por 100.000 dólares. Varios de los autores de las fotografías denunciaron⁴²⁸.

El proyecto “New Portraits” versa sobre la fragilidad de la protección de la imagen en el medio digital y en concreto de las redes sociales, llevando al espectador a cuestionarse las mismas preguntas que las re-fotografías de Prince de los años 80 pero en un entorno digital: En lugar de re-fotografiar, el artista realiza una captura de pantalla. En el proceso judicial Prince declaró que no tocar en absoluto las fotografías formaba parte del propósito de la exposición. Uno de los denunciantes fue el fotógrafo Donald Graham, autor de la obra titulada “Rastafarian smoking a joint” cuyo autor era Graham pero que había sido compartida en Instagram por otro usuario sin su consentimiento. Graham denunció a Prince y también a la galería. Los argumentos en defensa de Prince y de la Gagosian se basaron en el hecho que aceptar la denuncia a trámite representaría volver a litigar Cariou, pero el tribunal no aceptó este argumento indicando que Prince no había realizado ninguna alteración estética a la obra de Graham. El caso se encuentra todavía en litigio. En los *memorandums* presentado en defensa de Prince se presentan argumentos muy interesantes a favor del *Fair Use* incluso en casos en los que no se modifica la foto apropiada en absoluto y que serán analizados más adelante.

Prince, como muchos otros artistas apropiacionistas, no solo es perfectamente consciente de la frágil legalidad de sus obras, sino que, además, escribe sobre ello:

⁴²⁷ La exposición se presentó en primer lugar en la Gagosian Gallery <https://gagosian.com/exhibitions/2014/richard-prince-new-portraits/> y posteriormente en Frieze Art Fair, una de las ferias de arte más prestigiosas del mundo, en Londres.

⁴²⁸ El primero en denunciar fue Donald Graham. *Graham v. Prince*, No. 1:15-cv-10160-SHS (S.D.N.Y.). El segundo denunció en los tribunales de California y retiró la demanda posteriormente. See *Salazar v. Prince*, No. 2:16-cv-04282- MWF-FFM (C.D. Cal.). Una tercera demanda que también fue posteriormente retirada involucró un retrato de Sid Vicious Dennis Morris, LLC v. Prince, No. 2:16-cv-03924-RGK-PJW (C.D. Cal.).

“Tumblr, Pinterest, Instagram, retweeting, re-everything. ¿No estamos delante del equivalente del Readymart art de Duchamp?”⁴²⁹

d) Mike Bidlo “Not Warhol”, “Not Picasso”; Not Pollock”



Mike Bidlo, *Not Warhol (Brillo Boxes, 1969)*, 1991



Mike Bidlo, *Not Picasso (Tetes, 1929)*, 1987

Oil on canvas

76 × 60 cm

Mike Bidlo *Not Picasso (La danza 1925)*. Óleo sobre lienzo, 215 * 142

<https://www.artsy.net/artwork/mike-bidlo-not-picasso-tetes-1929>

⁴²⁹ Parkinson Hannah Jane “Instagram, an artist and the \$100,000 selfies – appropriation in the digital age”, *The Guardian*, 18 Julio 2015 disponible en <https://www.theguardian.com/technology/2015/jul/18/instagram-artist-richard-prince-selfies>

Mike Bidlo (Chigago,1953) es un artista conceptual Norte Americano que desarrolla su obra en forma de pinturas, esculturas y performances apropiándose de ideas e imágenes muy conocidas y recolocándolas en un nuevo contexto. Bidlo es conocido por las réplicas de obras de conocidos artistas como Brancusi, Pollock, Léger, Giorgio de Chirico, o Picasso, entre otros. Bidlo se posicionó en la escena artística de Nueva York al principio de los 80 con una conocida y polémica performance en su estudio del PS 1 de Nueva York, una de las más prestigiosas residencias artísticas, llamada *Jack the Dripper at Peg's Place*, emulando una conocida anécdota sobre el día en que Pollock presentó su gran obra mural en casa de Peggy Guggenheim. Pero las series más conocidas de Bidlo y que más interés conllevan a efectos de este estudio son las tituladas "Not Pollock", "Not Picasso", "Not Warhol", aunque también se apropió del famoso trabajo de Piero Manzoni cuando en 1961 firmaba esculturas vivientes: El 4 de noviembre del 2015 Bidlo firmó sobre el cuerpo de 100 personas para que fueran exhibidas como obras de arte (incluso dio certificados de autenticidad copiando hasta el último detalle de los que utilizó Manzoni en 1961), ya que, al firmarlas, éstas se convertirían en obras de arte. Bidlo demuestra que se puede entrar en el sector del arte tratando de no hacer arte, o por lo menos, de crear obras que implican el ejercicio del más importante de los derechos exclusivos: la reproducción. Bidlo ha expuesto en las mejores galerías de NY y del resto del mundo como Castelli, Gagosian y Shafrazi, El PS1 Moma le dedicó una exposición individual en 2003⁴³⁰. Pero lo más importante es la aceptación que tiene en el mercado del arte: la mayor plataforma de venta de arte digital (artsy) tiene obra original suya a la venta⁴³¹.

2.6. El apropiacionismo más allá de los Estados Unidos

El apropiacionismo se generó como movimiento artístico principalmente en Estados y es en ese país donde alcanzó sus ejemplos más icónicos. Es también en Estados Unidos donde se este movimiento artístico ha generado más jurisprudencia y por lo tanto nos permite analizar con mejor precisión las fricciones legales entre la libertad de expresión y el derecho de creación y el *copyright*. Pero en Europa y concretamente en España también abundan los

⁴³⁰ Special Project: Mike Bidlo se pudo visitar en el MOMA PS1 del 16 de febrero al 15 de mayo de 2003 <https://www.moma.org/calendar/exhibitions/4778>

⁴³¹ Las imágenes de las obras de Bidlo en Artsy están protegidas con sistemas anticopia <https://www.artsy.net/artist/mike-bidlo> (ultima consulta 1/12/20)

artistas apropiacionistas que utilizan obras de terceros sin su consentimiento, y algunos también con repercusiones legales:

a) “Tiempo y Urgencia” y “La rista del espacio” de JR Amondarain

Uno de los ejemplos lo protagonizó Jose Ramon Amondarain con su proyecto “Tiempo y Urgencia” (Artium, Vitoria, 2012) y “La Risa del Espacio”. En 2012, coincidiendo con el 75 aniversario del bombardeo de Guernica y de la realización de la homónima pintura, el artista José Ramon Amondarain (Donostia, 1964) presentó un trabajo en Artium, Centro-Museo Vasco de Arte Contemporáneo de Vitoria-Gasteiz, en el que reflexionaba sobre el proceso de trabajo de Pablo Picasso, que realizó el Guernica en solo 33 días⁴³². Ante la imposibilidad de trasladar el Guernica a Euskadi. Amondarain re-creó la experiencia de la creación del Guernica a través de las fotografías de Dora Maar en las que se reflejan ocho estados intermedios del Guernica antes de su finalización.



Fotografía aparecida en la Nota de prensa

⁴³² [https://www.artium.eus/es/exposiciones/item/55814-tiempo-y-urgencia-\(guernica\).-jose-ramon-amondarain](https://www.artium.eus/es/exposiciones/item/55814-tiempo-y-urgencia-(guernica).-jose-ramon-amondarain)

[https://www.artium.eus/es/exposiciones/item/55814-tiempo-y-urgencia-\(guernica\).-jose-ramon-amondarain](https://www.artium.eus/es/exposiciones/item/55814-tiempo-y-urgencia-(guernica).-jose-ramon-amondarain)

En este proyecto se realiza una profunda e interesantísima investigación alrededor de los límites de la representación. Amondarain creó ocho lienzos que recreaban de la manera más fiel posible estos ocho estados intermedios, pero el proyecto no pudo desarrollarse como estaba previsto y tuvo que aparcar la publicación de un catálogo y de un documental (a pesar de haberse realizado su producción) “ante la existencia de una demanda judicial” de *Picasso Administration*, la sociedad titular de los derechos de Picasso, por no contar con los permisos previos para llevar a cabo el proyecto. La dirección del museo consideró que no era necesario solicitar la autorización a los titulares de los derechos porque consideraba que el proyecto del artista era un trabajo “de interpretación”⁴³³.

La revancha de estos hechos se materializó en “La Risa del Espacio”, en el Museo de San Telmo, Donosti, cinco años después. En Donosti se mostraron los lienzos creados para la exposición “Tiempo y Urgencia”; pero enrollados: El Guernica sin el Guernica. La exposición contenía también otros elementos que hacían referencia a la imposibilidad de mostrar las obras. El título de la exposición “La Risa del Espacio” también era apropiado de un libro de Castro Nogueira⁴³⁴.

El caso de Amondarain y sus proyectos es relevante porque pone de manifiesto la tensión entre el discurso creativo y el ejercicio de los derechos exclusivos que otorga la Ley de Propiedad Intelectual.

Amondarain es, como se puede imaginar, uno de cientos de artistas que ha utilizado las obras de Picasso como inspiración o fuente de creación para sus obras. El Guernica en particular es un símbolo político y aparece como insignia en numerosas manifestaciones u otros episodios

⁴³³ REGO, María “El Artium se enreda con el “Guernica” El correo, Bizkaia, sábado 22 febrero 2014. la que, según este artículo, el museo vitoriano tuvo que indemnizar con 8240€ a Picasso Administration. disponible en <https://www.elcorreo.com/vizcaya/v/20140222/alava/artium-enreda-guernica-20140222.html?ref=https:%2F%2Fwww.elcorreo.com%2Fvizcaya%2Fv%2F20140222%2Falava%2Fartium-enreda-guernica-20140222.html> (última visita 1/12/20)

⁴³⁴ GUARDIOLA Javier Díaz “Jose Ramon Amondarain: “No actúo por venganza. Sólo me pongo a prueba” ABC Cultural, Arte, 28/11/2017 https://www.abc.es/cultura/cultural/abci-jose-ramon-amondarain-no-actuo-venganza-solo-pongo-prueba-201711280132_noticia.html (Ultima consulta

contra la violencia o vulnerabilidad de la población civil ante los conflictos armados. En extensa página web creada por el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía (MNCARS) dedicada al Guernica, el cuadro aparece citado como símbolo político en 656 ocasiones, replicado en 246 ocasiones y reproducido en parte en 328 ocasiones⁴³⁵, incluyendo proyectos que combinan la creación artística con la integración social como el mural realizado Carlos Gorosito y presos de la cárcel de Navalcarnero en 2005. Algunos artistas contemporáneos que se han apropiado del Guernica para elaborar su discurso incluyen Anne-Lise Coste (Marsella, Francia 1973) con su exposición en Eleven Rivington en el que la artista reproducía varios detalles de El Guernica utilizando la pintura en aerosol (espray) como técnica pictórica⁴³⁶, Eugenio Ampudia o Daniel García Andújar en 2014 con “CCTV Guernica” o Vik Muniz en 2009 con su Guernica after Pablo Picasso de la Serie *Gordian Puzzles*. Si la obra se reproduce sin modificar, se ejerce el derecho de reproducción y de comunicación pública o de distribución, según sea el formato en el que se reproduzca. Si se crea una obra derivada que a su vez genera derechos para su autor, se ejerce el derecho de transformación. Todos estos derechos tienen que ser autorizados por la entidad que gestiona los derechos de autor del artista, *Picasso Administration*, ya sea directamente o a través de la entidad de gestión que les representa en cada país. Los derechos de Propiedad Intelectual de Picasso estarán vigentes hasta el año 2053⁴³⁷. El ejercicio de los derechos exclusivos de explotación del Guernica sin autorización de su titular Picasso Administration estarán justificados solo en el caso en que se adapten a las distintas limitaciones que permitan el uso de contenidos protegidos. El establecimiento de los límites, como veremos más adelante, dependerá de su técnica legislativa: a través de una lista cerrada de excepciones (sistemas cerrados) o a través del *fair use* una técnica que analiza el equilibrio de intereses (sistemas abiertos). El uso para finalidades artísticas de las jurisdicciones de límites cerrados se restringirá en términos generales al derecho artístico o a

⁴³⁵ El MNCARS dedica una página monográfica al Guernica. Disponible en <https://guernica.museoreinasofia.es/cronologia/> (ultima consulta en 1/12/20)

⁴³⁶ La exposición tuvo lugar en 2013 <http://moussomagazine.it/annelisecosta-eleven-rivington/> (ultima consulta en 1/12/20)

⁴³⁷ Picasso falleció el 8 de abril de 1973. En España, a los autores que fallecieron antes del 7 de diciembre de 1987 se les aplica el plazo de protección de 80 años previsto por la Ley de 1879 tal y como indica la Disposición Transitoria 4ª del TRLPI. La duración de los derechos de Propiedad Intelectual de estos autores será por lo tanto toda la vida del autor más 80 años post mortem auctoris-.

la parodia, y en la mayoría de los casos, igual como pasó con el caso de Amondarain, ninguno de los dos límites será suficiente para autorizar el uso del Guernica para crear nuevas obras. Este es un caso en el que la aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual a la casuística del arte contemporáneo primará la protección de los derechos exclusivos del autor frente a la protección de derechos fundamentales como la libertad de expresión y de creación. El objetivo originario de la ley de propiedad intelectual, fomentar la creación, se desvanecerá una vez más en su aplicación en el arte contemporáneo.

b) Fontcuberta

Uno de los artistas de reconocido prestigio y de gran proyección internacional que ha alcanzado gran notoriedad en el sector artístico con obras que cuestionan el concepto de autoría es Joan Fontcuberta, el creador de los Googleramas, las obras elaboradas con cientos de imágenes tomadas de internet aleatoriamente y reorganizadas a través de un programa informático de *freeware* que forma nuevas fotografías ordenando las imágenes apropiadas según su intensidad, luminosidad y color. De la impresionante trayectoria y reconocimiento internacional de Fontcuberta ya se ha dado cuenta en la introducción de este trabajo. Fontcuberta no solo es fotógrafo: es también ensayista: En 2011 recibió el Premio Nacional de Ensayo por su obra “La cámara de Pandora”. En sus escritos cuestiona la función de las imágenes y el vínculo de la fotografía con la realidad, que él ha bautizado con el clarividente término “post-fotografía”⁴³⁸. Algunos críticos de fotografía le han llamado acertadamente un “pensador de la imagen”⁴³⁹. “*La fotografía se ha vuelto voz, palabra*” anuncia Fontcuberta en una entrevista en la revista Barcelona Metròpolis ⁴⁴⁰. Fontcuberta desarrolla su actividad

⁴³⁸ FONTCUBERTA, Joan “Por un manifiesto postfotográfico”, La Vanguardia, 11/05/2011; disponible en <https://www.lavanguardia.com/cultura/20110511/54152218372/por-un-manifiesto-posfotografico.html>.

Fontcuberta desarrolla el argumento en “La Furia de las Imágenes: Notas sobre la postfotografía”, Galaxia Gutenberg, 2016.

⁴³⁹ SANCHEZ, Fernando. “Fontcuberta siembra dudas sobre el origen de Vivian Mayer”. Xatakafoto.com; 18 noviembre 2020, disponible en <https://www.xatakafoto.com/actualidad/joan-fontcuberta-siembra-dudas-origen-vivian-maier>

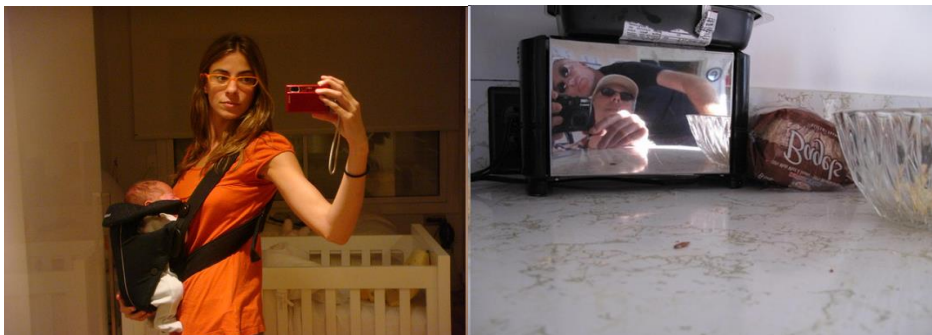
⁴⁴⁰FORNS, Albert “Joan Fotcuberta. Bienvenidos a la era postfotográfica”. Barcelona Metropolis, núm. 105. Disponible en <https://www.barcelona.cat/bcnmetropolis/2007-2017/es/entrevista/joan-fontcuberta-benvinguts-a-lera-postfotografica/>

investigadora como filósofo de la imagen y también como fotógrafo. Uno de sus objetos de investigación es la indagación sociológica y psicológica del *selfie*: Fontcuberta se refiere al *“homo fotograficus”* después del *“homo sapiens”*⁴⁴¹. En su proyecto *“A través del espejo”* analiza este fenómeno a través de una exposición y un libro: En la exposición se presentan los *reflectogramas*: imágenes en las que las personas se fotografían ante el espejo, publican en internet y difunden sus *selfies* en las redes sociales. Fontcuberta reproduce en la exposición estos *selfies* realizados por terceras personas en las que aparecen las cámaras (los dispositivos móviles) con las que se realiza la foto, explorando como la cultura visual ha cambiado con la aparición de las cámaras digitales. En el ensayo *“La danza de los espejos. Identidad y flujos fotográficos en Internet”* Fontcuberta explica: *“La industria de la telefonía marca el rumbo de la fotografía: lo primordial ya no es imprimir la imagen, sino enviarla (...).la fotografía se desvirtualiza, ya no se reserva los momentos solemnes. Al contrario: la disponibilidad, la facilidad y la oportunidad de fotografiarlo todo empuja a la foto digital a infiltrarse en el tiempo y en el acontecimiento de lo cotidiano. Hoy todos somos autores de nuestras propias imágenes, nos hemos convertido a la vez en “homo fotograficus” y en homo “spectator.” Es cierto que en, esa tesitura, el carácter autorial está en entredicho, pero a cambio de ser, por fin, responsables y dueños de nuestra imagen.*⁴⁴²

Estas reflexiones se acompañan en la exposición y en el libro que la acompaña de imágenes como la siguiente:

⁴⁴¹ ALEJO, Mauricio. “Joan Fontcuberta: En una cuenta de Instagram sin followers, ¿una selfie es una selfie?” Revista código 26. 10 2018; disponible en <https://revistacodigo.com/entrevista-joan-fontcuberta-fotografia/>

⁴⁴² FONTCUBERTA, Joan “La danza de los espejos. Identidad y flujos fotográficos en Internet”, en *A través del espejo*, La Oficina de Ediciones, Madrid, 201, p. 122



Foncuberta. *Reflectogramas*.

Se produce aquí una interesante paradoja: La reflexión sobre las imágenes se expresa a través de los textos y las imágenes del artista. Los dos lenguajes creativos transcurren en paralelo, pero sin embargo los textos no presentan ninguna cuestión en cuanto a derechos de autor: son la expresión de una idea original de su autor. Las fotografías, en cambio, podrían constituir una infracción de la Ley de Propiedad Intelectual ya que se ha ejercido tres de los derechos exclusivos de sus titulares: Copia, distribución (en el caso del catálogo) y comunicación pública (en el caso de la exposición).

“Las imágenes se han vuelto ideas” anunciaba Fontcuberta en una entrevista Babelia a propósito de la exposición *Joan Fontcuberta, Imago, ergo sum* que se mostró en la Sala Canal

de Isabel II, Madrid. Hasta el 27 de marzo de 2016⁴⁴³. Jurídicamente esta afirmación no es del todo precisa: Las imágenes de la exposición están consideradas obras fotográficas o meras fotografías, ya no son meras ideas, son ideas plasmadas o expresadas y por lo tanto estas imágenes son obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual. Hacer uso de ellas, en el caso que no exista autorización de sus titulares, constituye una infracción porque no existe en la legislación española, (ni en los sistemas de límites cerrados) como veremos, ningún límite que ampare su uso sin el permiso de su titular.

Richard Prince y Fontcuberta son dos ejemplos de artistas que han dejado de capturar imágenes para utilizar las imágenes ajenas como materia prima iconográfica para lanzar su mensaje⁴⁴⁴. Paradoxalmente, Fontcuberta es un gran defensor de los derechos de autor y uno de los impulsores del VEGAP, la entidad española de gestión de derechos de autor se ocupa de los fotógrafos y los artistas visuales. Su posicionamiento no es en absoluto contradictorio. Desarrollaré este argumento en las conclusiones.

Dar cuenta de todos los artistas relevantes que han utilizado estrategias apropiacionistas para la creación de su trabajo artístico es imposible por su amplitud y va mucho más allá del objetivo de este trabajo. Pero hay algunos nombres que son ya canónicos en la historia del arte contemporáneo que vale la pena mencionar Antoni Muntadas, uno de los artistas más importantes del sistema global del arte, nacido en Barcelona, pero residente en Nueva York

⁴⁴³ CRESPO MACLENNAN, Gloria Joan Fontcuberta: "Las imágenes se han vuelto ideas" El País 17 /2/ 2016 https://elpais.com/cultura/2016/01/18/babelia/1453133408_940701.html; ultima consulta 1/12/20

⁴⁴⁴ No solo grandes nombres con la proyección mediática como Fontcuberta, Prince y otros como Joachim Schmid (fotografía encontrada), Mishka Henner, Jon Rafman (google Street View) Penelope Umbrico utilizan los contenidos ajenos de sedes sociales como material creativo. Otros fotógrafos de una generación más joven y de carrera prometedora como Lurdes Basolí también utilizan este recurso creativo. Especialmente interesante es su proyecto Blank en el que la artista se apropia de imágenes de turistas posando con Masais colgadas en Instagram para cuestionar la visión postcolonial de los viajes exóticos a África. Disponible en <https://lurdesbasoli.com/blank/>

des de los años setenta que utiliza para crear sus obras imágenes televisivas, publicidad e imágenes bajadas de internet⁴⁴⁵.

Daniel García Andújar, (Almoradí, Alicante, 1966) es un artista cuyo trabajo se centra en la apropiación artística de las nuevas tecnologías para reflexionar sobre la configuración del espacio público y el para cuestionar las nociones de autoría y propiedad de las imágenes.



Instalación de Daniel G Andújar en el Reina Sofía

<https://danielandujar.org/tag/sistema-operativo/>

En 2015 presentó la exposición “Sistema operativo”, en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía⁴⁴⁶. Daniel García Andújar elabora gran parte de su discurso artístico a través de una crítica a las imágenes, tanto las actuales como las que han jugado un papel crucial en la construcción de nuestra memoria occidental reciente. Sus instalaciones se apropian de estas imágenes y sacándolas de contexto, presenta una sociedad con una sobreabundancia de imágenes y de datos y plantea una nueva aproximación a su lectura. En su trabajo, es tan

⁴⁴⁵ Antoni Muntadas fue Premio Velázquez en 2009, Premio Nacional de Artes Plásticas y el artista que se presentó en el pabellón de la Biennial de Venecia en 2005. Ha estado presente en la Documenta 6 y en la document X de Kassel, y ha recibido decenas de reconocimientos internacionales.

⁴⁴⁶ La exposición se pudo ver en el Museo Reina Sofía del 21 de enero al 4 de mayo de 2015 <https://www.museoreinasofia.es/exposiciones/daniel-garcia-andujar-sistema-operativo>

necesario el uso de imágenes ajenas como que estas se reproduzcan sin el permiso de sus derechohabientes. De lo contrario, el significado de sus proyectos perdería toda coherencia.

3. LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE AUTOR.

Como hemos visto, la Ley de Propiedad Intelectual tiene la difícil misión de encontrar el equilibrio entre la protección de la dimensión social de los intereses generales y el monopolio concedido a los titulares de derechos de Propiedad Intelectual. La doctrina de todas las tradiciones jurídicas coincide en que conceder monopolio absoluto al autor titular de derechos sería altamente perjudicial para el progreso de las artes y las ciencias ⁴⁴⁷

La Ley de Propiedad Intelectual otorga a los titulares de derechos exclusivos de carácter personal (derechos morales) y de carácter patrimonial. Pero, tal como ocurre con el derecho de propiedad ordinario, los derechos de propiedad intelectual no son absolutos. El mecanismo que la ley utiliza para regular el uso de contenidos protegidos bajo ciertas condiciones es el establecimiento de los límites o excepciones, que permiten el uso de obras protegidas bajo la Ley de Propiedad Intelectual sin la autorización de los titulares de derechos. Los conceptos “límites” y “excepciones” no son intercambiables. Las excepciones son directamente usos de obras de terceros que no son considerados explotaciones de los derechos de autor. Los límites, sin embargo, son actos que por varias razones permiten la copia no autorizada del titular de la obra copiada. El titular no puede oponerse y recibe una compensación sustitutoria a través de los derechos de remuneración⁴⁴⁸.

El sistema de los límites es objeto de constante revisión para adecuarse a los avances tecnológicos y evitar que la propiedad intelectual se convierta en un obstáculo a la innovación. Con la aparición del entorno digital, también ha sido necesario redefinir los límites tanto para aplicar los que ya existían en el mundo analógico al ámbito digital, como para adecuarse a las nuevas formas de explotación que surgen en este ambiente y que sitúan los contenidos protegidos en una tesitura más vulnerable, ya que los medios técnicos permiten

⁴⁴⁷ Chafee, “Reflections on the Law of Copyright”, 45 COLUM. L REV 503,511 (1945). Casas (parodia).

⁴⁴⁸ En aras a la simplificación, este texto nos referiremos al termino “límites” para referirnos de forma genérica a límites y excepciones.

realizar un mayor número de copias sin perded calidad. ⁴⁴⁹. La actividad legislativa en los últimos años para adecuarse a este nuevo entorno ha sido muy extensa, pero esta modificación y adecuación de los límites no ha modificado en absoluto los usos de contenidos protegidos para incorporar en obras artísticas en aras a la libertad de expresión o de creación.

Los límites y excepciones establecidos por las legislaciones en materia de propiedad intelectual de cada país que permiten el uso sin autorización ni consentimiento del titular de los derechos de las obras protegidas, se regulan de manera muy distinta según las jurisdicciones: En Estados Unidos las excepciones que permiten el uso de una obra sin necesidad de solicitar el consentimiento del titular de los derechos se recogen bajo la doctrina del *Fair Use* y no suponen ningún tipo de obligación o remuneración complementaria. En Europa Continental, sin embargo, estos límites están recogidos con una técnica legislativa completamente distinta basada en un sistema cerrado de limitaciones o excepciones definidas estrechamente y que suelen ser interpretadas restrictivamente, *casi siempre a favor del titular de derechos de la obra ilícitamente copiada*. Algunos límites quedan compensados con el pago de una compensación sustitutoria a través de los derechos de simple remuneración, como en el caso de la copia privada, el uso de contenidos por agregadores o el préstamo por bibliotecas, museos o archivos y el uso de obras huérfanas⁴⁵⁰.

Las diferencias entre estos dos sistemas de establecimiento de límites y excepciones son cruciales y dan resultados completamente diferentes en el caso de las artes visuales que

⁴⁴⁹ Para analizar el impacto de la adecuación de los límites del entorno analógico al entorno digital, es imprescindible la excelente investigación realizada por Sebastián López Maza en LÓPEZ MAZA; S. "Límites del derecho de reproducción en el entorno digital", Colección Estudios de Derecho Privado, Granada 2009.

⁴⁵⁰ En el caso de la copia privada se regula en el art 5.2 a) y b) de la DDASI, " *Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;*

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos *reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;* la Ley de Propiedad Intelectual Española recoge este límite en el art 31.2

incorporan obras preexistentes sin consentimiento de su titular. Para los artistas será decisivo si la Ley aplicable es la de sistemas de límites cerrados o límites abiertos.

Hay varios motivos que justifican la existencia de los límites a los derechos exclusivos de explotación del creador. Inicialmente, como ya hemos destacado, fue la defensa de derechos fundamentales como la libertad de expresión, y el derecho a la información, pero también intereses generales como la educación, el derecho a la cultura y desarrollo de las actividades de ciertas entidades culturales y académicas o la operatividad de las administraciones públicas. Con el paso a la digitalización aparecieron también los límites de carácter más técnico (las copias “técnicas” necesarias para el correcto funcionamiento de las telecomunicaciones) y también las justificaciones relacionadas con la competición y la innovación. La definición de estos límites o excepciones en el ejercicio de los derechos de autor exclusivo ha sido uno de los temas más controvertidos de las más recientes directivas europeas y de su progresiva incorporación a las legislaciones de los diferentes estados. Con la rápida evolución de los cambios tecnológicos se manifestó la necesidad de que estos límites fueran adaptables y flexibles a las nuevas situaciones.

El resultado de la adaptación de los límites en beneficio de las nuevas tecnologías no ha beneficiado de ninguna manera a los artistas visuales. La flexibilidad de la normativa reclamada por empresas como Google, Oracle y demás para poder garantizar la competencia e innovación ha suscitado grandes debates y controversias tanto en foros nacionales, como en Bruselas y en Washington⁴⁵¹. Los grupos de presión y de militancia a favor de la libertad

⁴⁵¹ Es el caso de la demanda que la entidad Española de Derechos de Autor CEDRO (el Centro Español de Derechos Reprográficos) que ha presentado una demanda contra Google por el impago de derechos de autor por la agregación de contenidos y fragmentos de noticias de diferentes ediciones digitales de periódicos y de otras publicaciones que lleva a cabo a través de su Servicio Google Discover. La demanda se basa en la definición de “agregador de contenido del artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual Española, que regula un límite a los derechos de autor en favor de las empresas que efectúan agregación de contenidos pero que deben abonar una compensación a través de CEDRO

En el ámbito anglosajón, el caso más notable, con más de una década de historia, (y todavía no resuelto) es el de la entre dos de los gigantes tecnológicos de Silicon Valley: Google y Oracle. La disputa se centra en el uso no autorizado de 11.500 líneas de programación de aplicaciones de Java, propiedad de Oracle, utilizadas para el sistema operativo de Android. La decisión del Tribunal Supremo podría tener enormes ramificaciones para la industria del software.

de expresión y de los derechos de los ciudadanos al acceso a un internet sin restricciones ha conseguido situar este discurso entre los debates más relevantes de la actualidad⁴⁵². Sin embargo, la capacidad de establecer en la ley unos límites que den seguridad jurídica a los artistas que utilizan obras ajenas sin consentimiento de sus titulares, y la necesidad del artista de poder usar referencias de todo tipo para realizar sus obras no ha alcanzado conseguido alcanzar el umbral de la discusión pública, más allá de algunos casos anecdóticos como el de Luc Tuymans y su controversia con la fotógrafa Van Giel por la obra “A Belgian Politician”, a pesar de sustentar sus argumentos en la libertad de expresión. El debate sobre el alcance de los límites se ha centrado en la legalidad de las grandes plataformas para poder utilizar material ajeno.

Obra derivada. Parodia.

2.1. Los derechos fundamentales

a) La constitucionalidad de los límites: Protección de los derechos fundamentales

El monopolio que la Ley de Propiedad Intelectual otorga a los autores de obras protegidas puede a su vez colisionar con el derecho fundamental de la libertad de expresión y de creación de los creadores que incorporan obras ajenas en sus creaciones.

Los límites a la Ley de Propiedad Intelectual se reconocen para evitar que el derecho exclusivo que ostenta el autor de obras protegidas no suponga un freno a los derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad de información.

Algunos de los límites cuentan con un claro fundamento constitucional, como son la libertad de expresión, el derecho a la información, el derecho a la educación, y otros están justificados por otros intereses generales, como el buen funcionamiento de la administración, etc., o también por la tradición

⁴⁵² En Estados Unidos el grupo más conocido de lobby a favor de los derechos digitales que aboga por un fair use más extenso es Electronic Frountier Foundation

<https://www.eff.org/>

mientras que en Europa destaca Communia <https://www.communia-association.org/>, que aboga por la ampliación del dominio público en el campo digital.

En España, el art. 20 de la Constitución Española dice lo siguiente:

1. *Se reconocen y protegen los derechos:*
 - a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*
 - b) *A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.***
 - c) *A la libertad de cátedra.*
 - d) *A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*
2. *El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.*
3. *La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.*
4. *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*
5. *Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.*

En la Constitución Española los derechos fundamentales se recogen en los artículos 14 a 29 de la constitución. La libertad de expresión es un derecho fundamental protegido por la legislación española y se contempla en el apartado a) del artículo 20.1 *derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción* y la libertad de información en su apartado d). *comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.* El TS establece diferencia entre estos apartados: la libertad de expresión supone la exteriorización de pensamientos, ideas y opiniones, creencias y

juicios de valor, y la libertad de información versa sobre “hechos noticiables”⁴⁵³. Además, la Constitución Española también reconoce en su artículo 20.1.b el derecho *a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*.

El texto constitucional español no reconoce específicamente los derechos de propiedad intelectual como derechos fundamentales tal como lo hacen por ejemplo la Constitución Portuguesa (Art 42.1 *É livre a criação intelectual, artística e científica. 2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.*), la Croata, la Argentina, la Egipcia, la Sueca o la Norte Americana⁴⁵⁴.

La libertad de expresión y de creación son considerados también derechos fundamentales en el Derecho Internacional.

En España, como en muchos otros países, el derecho a la propiedad intelectual no está reconocido en la constitución sino como un derecho a la propiedad especial.

El Art 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se expresa de la siguiente manera *“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en el beneficio que generen”*. Y el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)

*Libertad de expresión y de información*⁴⁵⁵

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

El Art 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)

Libertad de expresión.

⁴⁵³ STC Sala 2a 22 mayo de 1995, núm. 78

⁴⁵⁴ “Informe General, Justificaciones de los Derechos de Autor”, Op. Cit., P. 52

⁴⁵⁵ **Art 11 of the EU (Vigente hasta el 01 de diciembre de 2009).**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Vale la pena detenerse en el derecho de libertad de expresión tal como está contenido en la Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

La defensa de la libertad de libertad de expresión juega un papel clave en la sociedad americana. De igual manera que los americanos creen que la economía prospera en un mercado libre con la mínima regulación posible, la libertad de expresión y la capacidad de los ciudadanos para impedir que el gobierno interfiera en su derecho a intercambiar ideas libremente son percibidas como indispensables para garantizar la prosperidad de la democracia.

El derecho a la libertad de expresión (*freedom of speech*) y a la libertad de prensa (*freedom of the press*) se encuentran recogidos en los Estados Unidos en la primera enmienda de la Constitución Americana, que establece su protección en estas pocas palabras: ““El Congreso no podrá desarrollar ninguna ley respecto al establecimiento de ninguna religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni coartando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios””⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶“ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to

Este breve párrafo se fundamenta este valor esencial compartido de manera unánime por la consciencia de los ciudadanos norte-americanos: Es la primera enmienda de la conocida *Bill of Rights*, o “Declaración de Derechos”, que comprende las diez primeras enmiendas aprobadas con posterioridad a la Constitución de los Estados Unidos que garantizan una serie de derechos personales que limitan el poder del gobierno y reservan algunos poderes a los estados. La constitución de los Estados Unidos entró en vigor en 1789 y es la constitución más corta del mundo, y ley suprema de los Estados Unidos de América. Fue enmendada veintisiete veces, y sus enmiendas se encuentran al final del documento, quedando el texto constitucional intacto sin modificaciones.

Las tres primeras enmiendas están destinadas a salvaguardar las libertades individuales de los ciudadanos contra los abusos de poder del gobierno. La primera prohíbe al Congreso proclamar leyes que obstaculicen el derecho de la libertad de religión, de expresión -el texto de la primera enmienda separa en dos derechos distintos freedom of speech y freedom of press, que conjuntamente son llamados freedom of expression- y el derecho de asamblea. La segunda enmienda protege el derecho de los ciudadanos a poseer armas, y la tercera, prohíbe que el gobierno federal pueda obligar a los ciudadanos a hospedar sin su consentimiento a los soldados en sus casas en tiempo de paz.

Hasta el 1925 las enmiendas de la Constitución se aplicaban solo a las acciones del Gobierno Federal, pero el Tribunal Supremo extendió su mandato a los Estados a través de una serie de sentencias llamadas conjuntamente “incorporation doctrine” que incorporaban los considerados “derechos fundamentales” a través de la 14ª enmienda, promulgada en 1868 que protegían a todos los ciudadanos de los Estados Unidos con los mismos derechos y protecciones garantizados por ley.⁴⁵⁷

La primera enmienda fue adoptada el 15 de diciembre de 1791 y representa para el imaginario colectivo americano mucho más que un mandato legislativo. Este fragmento de la

petition the government for a redress of grievances”. Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América

⁴⁵⁷ La libertad de expresión se incorporó a los límites del poder legislativo de los Estados en dos sentencias: En primer lugar, el “freedom of speech”, en *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925) y la libertad de prensa en *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

Constitución representa una pieza fundamental del sistema político americano y es percibida por los ciudadanos americanos como el símbolo de la libertad y la democracia que en la percepción de la mayoría distinguen los Estados Unidos de América de otras democracias menos genuinas.

Para los americanos, la libertad de expresión es un derecho que encarna los ideales de la libertad y la democracia de los Estados Unidos, la a defensa a ultranza del “freedom of expression” es la manifestación suprema del poder del pueblo, la garantía del derecho de los ciudadanos a obtener información sea cual fuere su fuente, a tomar decisiones y comunicarlas a quienes quieran.

El derecho a la libertad de expresión fue concebido por los llamados “funding fathers”⁴⁵⁸ como un derecho natural, que pertenece a los ciudadanos y no al parlamento, como era el caso en su predecesora *Bill of Rights* del Parlamento Inglés. El derecho a la libertad de prensa, a su vez, también está considerado como un derecho natural que prohíbe al gobierno entrometerse en la prensa para que pueda haber una libre circulación de pensamiento y de opiniones diferentes.

La desconfianza en la capacidad del gobierno para usar correctamente su poder y para resistir el impulso de abusar de su autoridad que justificó en su momento la promulgación de la “Bill of Rights” está todavía hoy muy presente en la mentalidad colectiva americana, que reclama un gobierno con un sistema de “checks and balances”⁴⁵⁹, que no permita la censura, el abuso de poder y la corrupción.

Louis Brandeis (1856–1941), uno de los jueces más emblemáticos de la historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos resumía de esta manera la importancia de la libertad de expresión para el buen gobierno: “La libertad de pensar lo que se quiera y de comunicar lo

⁴⁵⁸ El término *funding fathers* conlleva también una profunda carga simbólica y se refiere a los líderes de las trece colonias británicas que lideraron la revolución americana contra la corona inglesa, que firmaron la declaración de independencia en 1776 y que en 1787 fueron delegados en la *Constitutional Convention* que sentó las bases de la Constitución de los Estados Unidos.

⁴⁵⁹ La expresión “checks and balances” se utiliza en Estados Unidos para referirse a la separación de poderes, esto es, el modelo de gobierno en el que el estado divide el poder en tres áreas: Legislativo, ejecutivo y judicial.

que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la diseminación de la verdad de la política”⁴⁶⁰.

En este contexto, el interés general de permitir a los artistas a acceder a material ajeno con seguridad jurídica para poder ejercer su libertad de expresión es un debate que trasciende la comunidad artística y que es percibida como un ejercicio de la libertad de expresión de cualquier sociedad democrática.

Los límites a la Ley de Propiedad Intelectual son los que permitirán el ejercicio de la libertad de expresión favoreciendo citas, análisis o parodias. Pero ninguno de estos límites encaja perfectamente.

b) La tensión entre el derecho de autor y libertad de expresión.

En 2020, Alai dedicó sus jornadas de estudio anuales (celebradas en Barcelona) a la relación entre el derecho de autor y la libertad de expresión. Cuando la doctrina trata esta cuestión suele llegar a la conclusión que en realidad no hay tal fricción, sino que el derecho de autor es en realidad el medio para una mejor circulación de las ideas⁴⁶¹. El análisis de la relación de

⁴⁶⁰ Whitney v. California, 274 U. S. 357 (1927).

Durante las conferencias de París, Berlín y Roma el artículo se mantuvo sin cambios. Límites pasan al artículo 10 en la conferencia de Roma.

1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.

⁴⁶¹ Lucas, Andre “Derecho de Autor y libertad de expresión. Conferencia de Apertura. ALAI, jornadas de estudio, citando a D. Peepkorn “Malesherbes on the Rights and Duties of the Authors, J.J.C Kabel & G.H.M Mom (eds) Intellectual Property and Information Law, Essays in Honour of H. Cohen Jehoram, Information Law Series, - & Kluwer, 1998.

la Ley de Propiedad Intelectual en contraposición al derecho fundamental de la libertad de expresión lleva también a la consideración del Derecho de Autor como derecho fundamental, ya que como hemos visto, solo algunos países han incluido el derecho de autor en su constitución, como Estados Unidos, Suecia o México. En la doctrina es unánime la opinión que expresa que la crítica y la parodia tiene que ser constituir excepciones permitidas al derecho de autor. El profesor Ramon Casas recordaba en su conferencia “ El Derecho de Autor: Motor u obstáculo de la Libertad de Expresión” se pregunta cuál es la relación entre el Derecho de Libertad de Expresión y el Derecho de Autor⁴⁶². Vale la pena destacar varios puntos de esta brillante conferencia: E entre otros puntos, destaca el derecho de autor son “*restricciones a la Libertad de Expresión*, con lo cual la libertad de expresión sería la regla y el derecho de autor la excepción. Este sería la situación de los artistas apropiacionistas que no pueden incorporar en sus creaciones las obras ajenas amparándose en la libertad de expresión. Apunta también que, a pesar de ello, la tensión entre la Libertad de Expresión y el Derecho de Autor no se percibe como un problema y que “*los jueces no suelen tener ocasión de entrar en el asunto*”. Comenta también que la doctrina tradicional del derecho de autor ha resuelto bien la tensión entre la Libertad de Expresión y el derecho de autor en el propio derecho de autor de la siguiente manera: Distinguiendo entre la idea y la expresión de la idea, sujetando el derecho de autor a límites temporales (el ingreso de las obras protegidas al dominio público pasado un tiempo), y las excepciones y limitaciones que permiten acceder a las obras protegidas cuando concurre un derecho fundamental, aunque esto implique a veces el pago (del uso del contenido protegido sin consentimiento). Finalmente, apunta que las “soluciones internas” tienen también sus limitaciones, y relata tres casos (dos del sistema judicial español) en los que prevaleció el derecho de los titulares en favor al derecho de la libertad de expresión de los “copistas” sin consentimiento⁴⁶³. Refiriéndose a ello como a una “observación anecdótica” apunta que, en los tres casos, los tribunales inferiores fallaron a favor de los demandados, sugiriendo una posible señal de “cambio de mentalidad capaz de ir escalando en la jerarquía judicial”.

⁴⁶² *El derecho de autor: ¿Motor u obstáculo a la libertad de expresión?* Conferencia del profesor Ramon Casas Vallès, en *Derecho de Autor y Libertad de Expresión*, Actas de las Jornadas de Estudio ALAI 2006 Barcelona, 19-20 junio de 2006. Huygens Editorial, Barcelona 2008.

⁴⁶³ Los casos españoles son el caso “El Largo invierno” y “Aquellos años”

Finalmente, y justamente después de referirse brevemente al arte apropiacionista, sugiere que las limitaciones son “ocasionalmente insuficientes” y se pregunta si convendría *“plantearse la conveniencia de alguna cláusula abierta (donde no las hay) o incluso la “herejía” de reconvertir el Three step test, el candado del sistema de límites en una “válvula de escape”*.

Tres puntos a destacar en esta clarividente conferencia (1) A pesar de la importancia de este equilibrio, hay poca jurisprudencia, y todavía menos en el campo del arte (2) se puede apreciar un cambio de tendencia y (3) cabe preguntarse si el apropiacionismo podría caber en una cláusula abierta como la regla de los tres pasos, que, como hace el fair use, se base en el equilibrio de intereses en lugar de los límites cerrados.

2.2. Límites Cerrados

Lo sistemas cerrados de limitaciones establecen una lista cerrada de excepciones a los derechos exclusivos del autor. En Europa continental el sistema para establecer los casos en los que un creador puede utilizar una obra protegida sin autorización de su titular tiene que encontrar su justificación bajo alguno de los límites que establecen las legislaciones nacionales.

Las limitaciones están descritas definiendo los hechos que, a pesar de constituir un acto de explotación de las obras protegidas y no estar autorizados por su derechohabiente, constituyen actos lícitos. Se trata de una lista cerrada de excepciones que se mantienen inalterables hasta que se modifican las normativas que los incluyen.

López Maza distingue varias justificaciones en el ejercicio de derechos exclusivos⁴⁶⁴:

- (1) La defensa de derechos fundamentales, incluyendo la libertad de expresión, el derecho a la información y a la cultura
- (2) Los actos necesarios del usuario legítimo
- (3) Los fallos del mercado

⁴⁶⁴ López Maza citando a Hugenholtz, P.B., “Adapting Copyright to the Information Superhighway” en Límites del derecho de Reproducción en el entorno digital, PP. 35 y siguientes.

(4) La ausencia del perjuicio económico.

En el **primer grupo** el objetivo de los límites es limitar el monopolio del autor para no impedir usos que permiten el ejercicio de los derechos fundamentales que son la garantía de una sociedad democrática. Bajo este grupo de límites se encuentra la Parodia, los límites para fines docentes y de investigación (el derecho a cita), los límites relativos a los medios de comunicación y, los límites en favor de las bibliotecas museos y archivos el conocido internacionalmente como “derecho a panorama” (límites que afectan a las obras en vías públicas)⁴⁶⁵. este es el grupo de límites más relevante y que pueden dar más juego a poder justificar el uso de obras ajenas que hacen los artistas. Entraremos en detalle en el análisis de estos límites más adelante.

Los tres grupos restantes no tienen relevancia en cuanto al apropiacionismo de obras de terceros con finalidades artísticas: El segundo grupo, el de los actos necesarios del usuario legítimo comprende los límites comprenden límites técnicos necesarios para la circulación de obras y prestaciones en la red. Estas reproducciones provisionales no suelen tener consecuencias para los artistas, y son los que han generado más actividad legislativa. El tercer grupo basado en los fallos de mercado tiene el objetivo de garantizar la eficacia económica y “encontrar caminos alternativos para compensar la ausencia de negociaciones entre titulares de derechos y usuarios”. Es el caso de la copia privada

El último grupo identificado por López Maza es el de las limitaciones basadas en la ausencia de un perjuicio económico, o en los casos en el que el perjuicio es insignificante, como cuando las copias eran hechas a mano o mecanográficamente. El autor señala que este es un argumento inadmisibles en la actualidad, ya que los medios tecnológicos permiten realizar en poco tiempo copias perfectas capaces de sustituir al original y solo puede utilizarse con un análisis caso por caso⁴⁶⁶ Este último grupo es clave para poder incluir las obras de artistas

⁴⁶⁵ El TRLPI recoge los límites correspondientes a la Libertad de expresión bajo el art 32.1 (derecho a cita) y en el art 39 (derecho a la parodia) y los correspondientes a la libertad de información en el art 33.1 (Trabajos sobre temas de actualidad), art 33.2 conferencias, alocuciones e informes pronunciados en público), art 35.1, obras susceptibles de ser vistas u oídas en ocasión de eventos de actualidad, art 32.1 recopilaciones periódicas en forma de reseñas o revistas de prensa.

⁴⁶⁶ Límites del derecho de reproducción en el entorno digital, op. Cit. P. 45

que utilizan contenidos ajenos sin el consentimiento de sus titulares, que aunque si se considere discutible si el uso no consentido es con finalidades lucrativas o no, en todo caso el uso no autorizado no tiene un efecto en el mercado de la obra copiada.

En los sistemas cerrados no se tiene en cuenta el efecto del uso en el mercado de la obra copiada, que es el cuarto factor que veremos más adelante en el *fair use*. Esta doctrina norteamericana basada en la ponderación del equilibrio de intereses ha mantenido el perjuicio económico como uno de los factores a tener en cuenta para decidir en qué situaciones las obras ajenas pueden ser copiadas sin autorización de su titular. “El sistema europeo es mucho más protector del autor”, anuncia Sebastián López Maza en “Límites al Derecho de Reproducción en el entorno digital”. Esta afirmación no tiene en cuenta que, en ocasiones, los autores serán necesariamente usuarios. La aplicación de la normativa de la Propiedad Intelectual a los artistas de artes visuales que incorporan contenidos ajenos como material creativo no dará los mismos resultados en jurisdicciones de sistemas cerrados y jurisdicciones de sistemas abiertos.

La interpretación y aplicación de los límites será, además, rigurosamente restrictiva, dificultando todavía más el encaje de los artistas (autores) que, por razón de su proceso creativo, necesiten incorporar obras ajenas en sus propias creaciones.

Por su previsibilidad, parte de la doctrina argumenta que las excepciones y limitaciones de los sistemas cerrados garantizan seguridad jurídica, al contrario de los sistemas abiertos o *fair use* en los que el titular de los derechos dependerá de los que estime un juez en cada caso concreto⁴⁶⁷.

a) Normativa internacional y comunitaria

Los tratados internacionales solo establecen los niveles mínimos de protección que los países tendrán que implementar respecto a los derechos de autor y derechos conexos, pero no armonizan las limitaciones de estos.

⁴⁶⁷ López Maza, S. “Límites del derecho de reproducción en el entorno digital”. Editorial Comares, Granada 2009.

El Convenio de Berna (1886) fue, como hemos visto, el primer instrumento legal con vocación de convertirse en el código universal de derechos de autor. A pesar de su intención uniformadora, en sus formulaciones generales se trasluce el resultado del compromiso que se consiguió durante las posteriores revisiones (especialmente Estocolmo en 1967 y París en 1971) tratando de sortear las diferencias sobre derecho de autor en las tradiciones respectivas de cada estado. El interés público es un asunto nacional. Pero el Convenio de Berna introdujo en su art 9(2) “la regla de los tres pasos” un concepto clave que estableció un marco general para que cada estado desarrollase sus propios límites o excepciones: “*Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras **en determinados casos especiales**, con tal que esa reproducción **no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.***”⁴⁶⁸

Los Estados tienen cierta libertad para establecer el alcance de estos límites. **La Directiva 2001/29/EC del Parlamento Europeo y el Consejo del 22 de mayo (Directiva Infosoc - DDASI)** sobre la armonización de ciertos aspectos de derecho de autor y derechos conexos en la Sociedad de la Información es la que establece por primera vez una lista cerrada de excepciones en su artículo 5, de manera que los estados no pueden establecer más excepciones de las previstas. Las excepciones son las siguientes:

Artículo 5 Excepciones y limitaciones

Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o

b) una utilización lícita

de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.

⁴⁶⁸ Traducción oficial al español del convenio de Berna <https://wipolex.wipo.int/es/text/283700>

2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;

c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;

d) cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; podrá autorizarse la conservación de estas grabaciones en archivos oficiales, a causa de su carácter documental excepcional;

e) en relación con reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.

3. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible,

se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;

b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada;

c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;

d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;

e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos;

f) cuando se trate de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas u obras o prestaciones protegidas similares en la medida en que lo justifique la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor;

- g) cuando el uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública;*
- h) cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos;*
- i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material;*
- j) cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial;*
- k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche;*
- l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos;*
- m) cuando se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio;*
- n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia;*
- o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo.*

4. Cuando los Estados miembros puedan establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción en virtud de los apartados 2 y 3, podrán igualmente establecer excepciones o limitaciones al derecho de distribución previsto en el artículo 4, siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado.

5. Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. Ninguna de estas listas cerradas de limitaciones incluye explícitamente el uso artístico de contenido ajeno. De todas estas excepciones compartimentadas, solo podrán la parodia y la cita se acercan al supuesto de hecho de la apropiación.

b) La Parodia

La parodia limita los derechos del autor sobre su obra y permite a cualquiera utilizar libremente -aunque de acuerdo con una serie de condiciones legales-una obra protegida por el derecho de autor⁴⁶⁹. La parodia, como bien indica Mario Sol, es un derecho de cualquiera, de todos los ciudadanos: no es un límite pensado para los artistas.

La parodia forma parte de la libertad de expresión, pero no todas las expresiones artísticas apropiacionistas podrán considerarse parodia.

La parodia es uno de los límites que introducidos en todos los sistemas de límites cerrados. La directiva 2001/29/CE DASI da un enunciado muy amplio de este límite: "Cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche". Sol Muntañola apunta en "El Régimen Jurídico de la Parodia" que *la utilización de la voz "pastiche" corresponde-como es fácil deducir-a la influencia francesa y venga de la redacción de la norma,(...) la utilización de este término no tiene una correspondencia real con ningún supuesto diferente a los que caben bajo las voces "parodia" o "caricatura"*⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Para un estudio exhaustivo del límite de la parodia, es imprescindible el estudio de SOL MUNTAÑOLA; Mario. "El Régimen jurídico de la Parodia". Marcial Pons, Barcelona 2005, p. 102

⁴⁷⁰ . "El Régimen jurídico de la Parodia". Op. Cit, p. 98

El fundamento de la parodia como límite a los derechos de autor es la libertad de expresión, el acceso a la cultura y el desarrollo y fomento de la actividad cultural para el interés común, aunque como bien indica Mario Sol, la industria de contenidos (p.e. la televisión) también está involucrada en la promoción del límite.

Una parodia implica el ejercicio del derecho de transformación de la obra copiada para la creación de una obra derivada, con lo cual el parodista está ejerciendo un derecho exclusivo del autor. Si el parodista no se puede amparar bajo el límite de la parodia, que le permitirá utilizar contenidos ajenos sin permiso de su titular, estará cometiendo una infracción de derechos de autor. La parodia, por definición, tendrá un contenido crítico que denigrará o se burlará de la obra copiada o de su autor. Es muy improbable que el titular de la obra copiada acceda a autorizar el derecho de transformación de su obra con el fin de que otro autor la critique o la denigre. Este es el fundamento y la necesidad del límite de la parodia⁴⁷¹. Por otra parte, los beneficios para la sociedad de que existan este tipo de críticas e innegable.

La cuestión sobre si debe existir una remuneración al titular de contenidos copiados o transformados para la realización de una parodia es también tratada por la doctrina, aunque la posición que defiende una remuneración por la copia o transformación no autorizada es minoritaria⁴⁷². En el caso de los usos artísticos esta opción es especialmente dañina para la libertad de expresión.

El problema de encaje que encuentran la mayoría de obras apropiacionistas en el límite de la parodia es que no encajan dentro de su carácter humorístico. El fomento de la cultura y la libertad de expresión no son suficientes para justificar el uso de obras ajenas si autorización. Los casos que llegan a los tribunales europeos que justifican el uso de contenidos protegidos no autorizados no generan mucha controversia⁴⁷³.

⁴⁷¹ SOL MUNTAÑOLA nos recuerda en "El Régimen Jurídico de la Parodia" (p. 106) que parte de la doctrina española discrepa de que la parodia no deba contar con el consentimiento del autor de la obra copiada como pasa en otras transformaciones. Este es el caso de RODRIGUEZ TAPIA y de PEREZ DE ONTIVEROS en "Comentarios a los art 31 y 40" en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, 2a ed p 347

⁴⁷² Para esta cuestión, ver también "El Régimen Jurídico de la Parodia" PP. 109 a 111

⁴⁷³ SOL MUNTAÑOLA se refiere a varias sentencias que fundamentan su decisión en el carácter humorístico de la obra paródica, como el caso "Tintín" de 20 de diciembre de 1990 "Wolf y otros v. Viude de Rémi-Herge, o en la jurisdicción española el caso "La Parodia Nacional" (SAP febrero de 2000 que enfrentaba a Gestmusic y Antena 3 TV).

EL TJUE tuvo ocasión de comentar sobre el límite de la parodia en el 2014 en el comentado caso *Deckmyn v. Vandersteen*⁴⁷⁴. En este caso el TJUE tuvo la ocasión de examinar qué condiciones se requerían para que una obra derivada cumpliera los requisitos para ser considerado parodia. El tribunal indicó que “la parodia tiene por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de esta, y, en segundo lugar, plasmar una manifestación humorística o burlesca”. Esta sentencia es importante porque indica también que el objeto del humor o la parodia no tiene que ser necesariamente el trabajo copiado, sino que éste puede ser utilizado para criticar o burlarse de algo distinto. Esta es la diferencia entre el “weapon parody” y el “target parody”. En este caso el alto tribunal de Bruselas acudió al TJUE para resolver si el concepto de parodia era un concepto independiente en la Unión Europea y para determinar las características que debe tener una parodia para ser considerada como tal, así como los requisitos adicionales. La controversia se originó cuando un político, Johan Deckmyn, distribuyó un calendario que incluía de una obra derivada de una portada de 1961 de *Spike and Suzy*, un popular cómic, en el que en lugar de Lumbic, el personaje del “salvaje benefactor” del cómic aparecía el alcalde de Ghents repartiendo billetes a personas de color. Deckmyn alegó que su intención era realizar una crítica política subrayando que en Ghent el dinero público se canalizaba básicamente a los ciudadanos que no eran de Ghent reduciendo la calidad de vida de la ciudad.

Esta sentencia evidencia la carga humorística que se requiere a la parodia, que en la mayoría de los casos no favorecerá la consideración del arte apropiacionista bajo este límite.

Quizás el caso más comentado en el ámbito europeo de un artista apropiacionista tratando de justificar el uso no autorizado de una obra bajo la excepción de la parodia es el de la obra “A Belgian Politician” de Luc Tuymans. En este caso, del que ya hemos dado cuenta en la introducción, Luc Tuymans fue condenado por infracción de derechos de autor por un tribunal de Amberes un lienzo de 2011 que inspirándose en una fotografía del político Jean-Marie Dedecker tomada por Katrijn Van Giel, una fotógrafa del periódico belga *De Standaard*. Van Giel tomó la foto el día de la derrota de Dedecker en las elecciones de 2010 y Tuymans pintó

⁴⁷⁴ C-201/13 - Deckmyn y Vrijheidsfonds ECLI:EU:C: 2014:2132 disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157281&doclang=EN>

el lienzo al óleo a partir de la fotografía. La obra de Luc Tuymans se centra en el comentario de acontecimientos y personajes de actualidad, en la representación de la imagen y el carácter mitológico de la creación de los hechos históricos⁴⁷⁵. El cuadro fue expuesto en Dallas entre 2013 y 2014 y vendido inmediatamente. La sentencia declaró que Luc Tuymans cometió una infracción voluntaria, y dictaba una orden de cesación. Tuymans invocó explícitamente el apropiacionismo como práctica artística y alegó que con la creación del cuadro se daba un nuevo sentido a la fotografía: El cuadro y su título “a belgian politician” transmitía un contraste del que se deriva un mensaje crítico hacia la inconsistencia de los políticos belgas. La sentencia declaró que la aplicación de la excepción de parodia requiere una distorsión de la obra parodiada para que produzca un efecto humorístico, burla o sarcasmo, que está ausente en el cuadro de Tuymans. a la vista del asunto del TJUE Deckmyn y Vrijheidsfonds que requiere a la parodia a una crítica en clave de humor o burla, el comentario político alegado por Tuymans no alcanza a tener esta connotación humorística necesaria para la parodia. Tal como indica Bercovitz, este es un caso que lleva a pregunta si sería oportuna la creación de un límite que facilitase la creación de *“tan excelentes obras (...) para el enriquecimiento del arte y la cultura, como lo prueban, entre otras, muchas de las obras de Andy Warhol, (...) También es ocasión para plantear una vez más si no deberíamos dar entrada a la doctrina del Fair use para dar curso a semejantes creaciones derivadas”*⁴⁷⁶.

Este caso es un claro ejemplo de la dificultad de encaje de los artistas apropiacionistas en los límites y excepciones de la Ley de Propiedad Intelectual. La parodia solo dará cabida a los usos humorísticos y solo cuando el contenido copiado se restrinja a una o varias obras. Ninguno, o casi ninguno de los artistas apropiacionistas que forman parte de la historia del arte de los que se ha dado cuenta en las primeras páginas de este capítulo podrá justificar el uso de obras protegidas en el límite de la parodia. Artistas como Fontcuberta, Muntadas o Daniel García Andújar cuyas obras utilizan múltiples imágenes para crear sus discursos artísticos quedarán definitivamente fuera del límite de la parodia.

⁴⁷⁵ Ver la ficha del autor en su galería, Sancho: https://www.saatchigallery.com/artist/luc_tuymans

⁴⁷⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo “Tuymans, Van Giel y Aladda”, Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, ISSN 2174-1840, Vol. 1, Nº. 11, 2015, págs. 21-25

Finalmente, la parodia es un límite pensado para los ciudadanos y no para los artistas. Es cierto que no hay más libertad de expresión para los artistas que para los ciudadanos en general, pero habría que plantearse si hubiera que establecer algún tipo de distinción entre el uso de obras de artistas y el llamado *used generated content*, contenido generado por usuarios de las redes sociales (no necesariamente artistas) que suele incorporar material ajeno. Hablaremos del *used generated content*, más adelante.

c) La cita o *quote*

El derecho a cita o a citación es la otra alternativa a la que podría acogerse el arte apropiacionista.

El DDASI establece lo siguiente:

d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;

El límite del derecho a cita exige “fines de crítica o reseña”, por lo tanto, la obra apropiacionista deberá interactuar o comentar la obra que ha copiado.

Mientras que las obras de arte pueden ser incorporadas en obras literarias si cumplen los requisitos establecidos y la cita es a título de análisis, su incorporación sin autorización en otras obras de arte no encaja en la definición de derecho a cita de los límites cerrados. En el ámbito europeo existe poca jurisprudencia sobre apropiación en artes visuales, pero sin embargo los tribunales han tenido que dirimir con más frecuencia casos similares relacionados con obras musicales.

Es oportuno en este aspecto comentar el caso del TJUE *Pelham v. Hutter*⁴⁷⁷. En primer lugar por las consecuencias que podría tener en el campo de las artes visuales, y en segundo lugar por las implicaciones que tiene en un artículo de la legislación alemana que, como veremos,

⁴⁷⁷ *Pelham*, STJUE 29/7/2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624

es de especial interés.⁴⁷⁸ En este caso, un productor había emprendido acciones judiciales en los tribunales alemanes para denunciar la copia no autorizada de dos segundos de un fonograma en un *sampling*⁴⁷⁹. Las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo alemán fueron varias⁴⁸⁰. De la complejidad de las respuestas ofrecidas por la sentencia, nos interesa saber en qué medida (en el sentido cuantitativo-no cualitativo) un DJ puede incorporar fragmentos de música de un fonograma sin la autorización de sus titulares y si las normas de la DSI (Directiva Sociedad de la Información) permiten a los estados margen

478 La mayor diferencia entre este caso y los supuestos de apropiación artística que nos ocupan no es de formatos, sino que en este caso no se trata de una obra que incorpora a otra obra, sino de una relación entre prestación (fonograma) a obra o creación artística.

479 Los demandantes fueron el grupo alemán Kraftwerk compuso *Metal auf Metal* (Hüter y otro) y los demandados la Sociedad Pelham, que tomaron un extracto de dos segundos de la secuencia rítmica para incorporarlos en la composición *Nur Mir*.

480 La entrada de 4 de agosto del imprescindible Blog de Aladda "*Funke Medien*" (C-469/17), "*Pelham*" (C-476/17) y "*Spiegel Online*" (C-516/17). *Tres sentencias en el mismo día (29/7/2019) con un denominador común: la relación entre la propiedad intelectual y las libertades de expresión e información, en el marco del sistema de límites (II) PELHAM* da rigurosa cuenta de esta sentencia desgranando todas las cuestiones tratadas y facilitando enormemente su comprensión. En ella se resumen las cuestiones prejudiciales de la siguiente forma

1. *¿Viola el derecho exclusivo de reproducción del productor del fonograma la extracción y transferencia a otro fonograma de "diminutas fracciones de sonido" ?;*
2. *¿El segundo fonograma (el que incorpora "diminutas fracciones de sonido") puede considerarse una "copia" del primero a efectos del derecho exclusivo de distribución?;*
3. *¿Es aceptable y aplicable a los productores de fonogramas un límite, como el previsto en el art. 24?1 de la Ley alemana de Derecho de autor (Urheberrecht Gesetz, UrhG, alemán, inglés), que permite el "uso libre" (freie benutzung) de obras protegidas para crear otras obras "autónomas" ?;*
4. *¿Hay cita cuando no puede saberse que se está utilizando una obra o prestación ajena?;*
5. *¿Dejan las normas de la DSI y la DAPDA sobre derechos exclusivos y límites margen de maniobra para su incorporación al Derecho nacional?;*
6. *¿Cómo juegan los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) al determinar el alcance de la protección de los derechos exclusivos de los productores de fonogramas (reproducción y distribución) y de las excepciones o limitaciones que les afectan?*

Disponible en <http://aladda.es/funke-medien-c-649-17-pelham-y-spiegel-online-c-516-17-tres-sentencias-en-el-mismo-dia-29-7-2019-con-un-denominador-comu-2/>

de maniobra para incorporar límites al derecho nacional ⁴⁸¹En este caso el Tribunal en su ponderación de derechos incorpora en su razonamiento al art 13 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *“(Libertad de las artes y de las ciencias): Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra. , y afirma y afirma. “La técnica del muestreo (sampling) —que consiste en que un usuario extraiga, la mayor parte de las veces con la ayuda de equipos electrónicos, una muestra de un fonograma y la utilice con el fin de crear una nueva obra— constituye una forma de expresión artística comprendida en la libertad de las artes, protegida por el artículo 13 de la Carta” (pfo. 35). “En el ejercicio de esta libertad, el usuario de una muestra sonora (sample), al crear una nueva obra, puede verse inducido a modificar la muestra extraída del fonograma hasta el punto de que dicha muestra no sea reconocible al escucharla en la nueva obra” (pfo. 36). Es decir, el TJUE distingue entre un “sampling” que no resulta reconocible al escucharlo al margen del derecho de reproducción y por tanto lícito y un “sampling” relevante y sujeto al derecho de reproducción, sin perjuicio de eventuales límites (cuando la muestra es reconocible).*

La copia no autorizada debe tener la intención de entrar en un diálogo con el trabajo original (párrafo 71) Esta lectura dificulta enormemente su justificación.

En cuanto al artículo alemán que interesa comentar: El (art 24.1 UrhG), en el que se establece un “derecho libre” para la creación de obras derivadas, redactado de la siguiente manera:

La Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte — Urheberrechtsgesetz (Ley de Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor), de 9 de septiembre de 1965 (BGBl. 1965 I, p. 1273; en lo sucesivo, «UrhG»), dispone en su artículo 24:

«1. Una obra autónoma que haya sido creada a partir del libre uso de una obra ajena podrá ser publicada y explotada sin el consentimiento del autor de la obra utilizada.

2. El apartado 1 no se aplicará a la utilización de una obra musical mediante la cual una melodía se extraiga de forma reconocible de una obra para servir de base a una nueva obra.»

⁴⁸¹ En este caso la pregunta prejudicial se refería no solo al DSI directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DAPDA de 2006),

(párrafo 12, traducción de la sentencia) El TJUE declara que el art. 24.1 UrhG, en el que se establece un “derecho de uso libre” para la creación de obras derivadas, es incompatible con el Derecho de la Unión Europea, y que los estados no pueden ampliar las excepciones y limitaciones de los derechos exclusivos establecidos en el art. 5 DSI.

En este contexto, permitir, a pesar de la voluntad expresa del legislador de la Unión, a la que se ha hecho referencia en el apartado 58 de la presente sentencia, que cada Estado miembro introduzca excepciones a los derechos exclusivos del autor, contemplados en los artículos 2 a 4 de la Directiva 2001/29, al margen de las excepciones y limitaciones establecidas con carácter exhaustivo en el artículo 5 de esta Directiva pondría en peligro la efectividad de la armonización de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor efectuada por dicha Directiva, así como el objetivo de seguridad jurídica perseguido por esta (sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros, C-466/12, EU:C:2014:76, apartados 34 y 35). En efecto, en el considerando 31 de esta misma Directiva consta expresamente que las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos incidían directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor y que, por lo tanto, la lista de excepciones y limitaciones del artículo 5 de la Directiva 2001/29 tiene la finalidad de garantizar el correcto funcionamiento de ese mercado. (párrafo 63⁴⁸²)

El límite del derecho a cita parece abierto a muchas posibilidades. Es una excepción abierta a cualquier tipo de obras, siempre y cuando hayan sido divulgadas: No solo textos, sino canciones, artes visuales. Pero la justificación de su uso es muy limitada y sus condiciones también: Los fines de la cita tendrán que ser de “crítica o reseña” y se exigirá la inclusión del nombre del autor, y “en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido”. La mayoría de obras en apropiacionismo se reproducen en su totalidad y en casi ninguna ocasión y casi nunca se incluye el nombre del autor. El caso Pelham tiene un verdadero impacto en la interpretación de estas restricciones. También el caso Spiegel Online v Beck relacionados con unos *hiperlinks* no autorizados en un portal de noticias entró a valorar la excepción de la cita, cuya justificación se justificaba, también en este caso, en la “comparación intelectual entre

⁴⁸²<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216552&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4850277>

las dos obras (párrafo 79) ⁴⁸³. La respuesta a si las obras (la copiada y la que incorpora la obra copiada) establecen un verdadero dialogo para justificar la copia es demasiado vaga y sujeta a interpretaciones subjetivas para dar seguridad jurídica a los artistas.

En otras situaciones completamente diferentes se encuentran las obras de artes visuales copiadas en otros formatos (me refiero a la cita de obras de artes visuales en obras literarias, en manuales, en catálogos de museos, centros de arte y galerías, que presentan otro tipo de problemáticas). La legislación de los países bajos permite las citaciones artísticas en su artículo 15 a) de la ley de 1985 anunciando que

d) Regla de los tres pasos:

La regla de los tres pasos aparece por primera vez en art 9.2 del convenio de Berna pero está recogida en otros tratados internacionales en la normativa comunitaria, como el art 5.5 del DDASI, el artículo 13 de TRIPPS y en las legislaciones nacionales⁴⁸⁴. El objetivo de este precepto es el de regular la interpretación de los límites, cuya aplicación debe seguir estos tres pasos:

1. Los límites deben aplicarse en determinados casos especiales
2. No deben atentar a la explotación normal de la obra
3. No deben causar un perjuicio a los intereses legítimos del autor o titulares de derechos

Esta regla de los tres pasos se aplica a los límites ya existentes, es decir, los jueces no podrán inventar límites nuevos, y los existentes y aplicables en cada jurisdicción se interpretarán según este precepto.

El primer paso indica que los límites deben interpretarse de una manera restrictiva. El segundo límite hace referencia al beneficio económico que pueda dejar de percibir el titular de los derechos por el uso no consentido. El tercer límite hace referencia a los intereses legítimos de los titulares de derechos, tanto patrimoniales como morales.

En el TRLPI la regla de los tres pasos se encuentra en el art 40 bis que expone lo siguiente: *Disposición común a todas las del presente capítulo. Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un*

⁴⁸³ (29 July 2019, Case C-516/17),

⁴⁸⁴ As other multilateral instruments, such as the 1996 WIPO Copyright Treaty (art. 10) and WIPO Performers and Phonograms Treaty (art. 16.2),

perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refiera. La regla de los tres pasos no es un límite más y no puede ser interpretado como tal, pero el Tribunal Supremo Español aceptó la argumentación de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona que interpretó la regla de los tres pasos como un nuevo límite a los derechos exclusivos de autor, en lugar de interpretarla como criterio interpretativo de los límites existentes. Se trata del caso “Megakini v. Google” de 2012⁴⁸⁵. En este caso, los titulares de la web www.megakini.com plantearon como ilegítima la reproducción no autorizada de su página web en las “copias Caché” que el buscador Google realiza en sus servidores. La sentencia expone: “... el art. 40 bis LPI, como disposición común a todas las del capítulo primero del título III, en el que se encuadra el art. 31, tiene un valor interpretativo no solo y exclusivamente negativo (“Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse...”), sino también positivo, en cuanto enuncia los principios que justifican la propia excepcionalidad de los límites o, si se quiere, la necesidad de la licencia del autor como regla general (“perjuicio injustificado a los intereses legítimos” o “detrimento de la explotación normal de las obras”). Esto permite que la denominada regla, prueba o test “de los tres pasos” contenida en el art. 40 bis pueda considerarse como manifestación especial en la LPI de la doctrina del *ius usus inoqui*”⁴⁸⁶.

Este polémico pronunciamiento fue muy criticado por la doctrina⁴⁸⁷.

En todo caso el Tribunal insiste que esta sentencia no implica una unificación de su doctrina jurisprudencial y recalca que no está creando una nueva excepción: *La desestimación del recurso no supone la creación judicial de una nueva excepción no contemplada en la ley ni legitimar las actividades de Google aquí enjuiciadas por la excepción del art. 31.1 LPI. Se funda la desestimación en que, como principio general, la protección del derecho de autor y la excepcionalidad legal de sus límites no autorizan pretensiones abusivas en perjuicio no solo del demandado sino incluso de aquellos intereses del propio demandante que merezcan la*

⁴⁸⁵ STS 3942/2012 - ECLI: ES:TS: 2012:3942 (Caso Megakini)

⁴⁸⁶ STS 3942/2012 - ECLI: ES:TS: 2012:3942 (Caso Megakini), p. 10

⁴⁸⁷ López Maza se refiere a la sentencia “Megakini vs. Google” en estos términos “No es correcta la interpretación que llevo a cabo el TS en su sentencia de 3 de abril de 2012 donde permitió un uso no amparable en ninguno de los límites en base a la doctrina del uso inoquo. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ.CANO, R. (Coord.) “Manual de la Propiedad Intelectual”, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

*consideración de "legítimos" y de una explotación de su obra que pueda considerarse "normal", porque ni un sistema cerrado de excepciones tiene por qué llegar al extremo de prever hipótesis absurdas ni la interpretación de la LPI puede desligarse de su finalidad protectora de los derechos de autor ni, en fin, y por la misma razón, su interpretación puede favorecer pretensiones arbitrarias y dirigidas a perjudicar a otro sin beneficio propio*⁴⁸⁸.

Es importante contextualizar esta sentencia, en que la abusiva demanda de la página web solicitaba que “se condenara a la actora a cesar en la utilización del motor de búsqueda de las páginas web, e indemnizar al actor 2.000 euros por daño moral y a publicar la sentencia en el diario La Vanguardia”. Pero en lo que interesa respecto al objeto de estudio de esta investigación es que el Tribunal supremo ha acudido a la doctrina de los tres pasos para justificar una decisión que, más allá de ser justa y responder a una demanda abusiva, no encontraba encaje en ninguno de los límites. El tribunal acude a los principios generales para intentar sortear la excesiva rigidez de los límites de la Ley de Propiedad Intelectual. Tal como se lee en la sentencia “hoy puede decirse que a medida que crece el número de normas escritas mayor relevancia adquieren los principios, ya que, por un lado, se multiplican las posibilidades de antinomias y, por otro, siempre quedarán casos sin regular de una forma inequívoca”⁴⁸⁹

El Tribunal Supremo Español no ha sido el único que ha acudido a la interpretación de la regla de los tres pasos para justificar usos que no encuentran un encaje en la lista cerrada de límites. En *Würtz v Coop*, una sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca de 18/12 /2018 un supermercado usó varias fotografías de una vajilla para anunciar sus productos. El titular de derechos de la vajilla alegaba que las fotografías constituían una infracción de los derechos de autor de sus obras. El tribunal consideró que, aunque no se podía aplicar en este caso, existe un límite genérico para usos irrelevantes, el uso “de minimis” que añadía una nueva excepción (que, aunque debe interpretarse de forma muy restrictiva, añade una nueva excepción a la lista cerrada de la Ley de Propiedad Intelectual danesa.

⁴⁸⁸ STS 3942/2012 - ECLI: ES:TS: 2012:3942 (Caso Megakini) p.9

⁴⁸⁹ STS 3942/2012 - ECLI: ES:TS: 2012:3942 (Caso Megakini) p. 9

Lo más interesante de este caso es que, a pesar de no considerarse aplicable en el caso en cuestión, el tribunal acudió a la regla de los tres pasos en un contexto no relacionado con la sociedad de la información, abriendo las puertas a otros posibles escenarios.

La doctrina más autorizada se ha referido a la regla de los tres pasos como una verdadera ley supranacional de derecho de autor⁴⁹⁰. Pero la trascendencia de la regla de los tres pasos ha tenido consecuencias principalmente en las normativas que regulan el equilibrio de los derechos de autor en la hiper regulada Sociedad de la información: En 2000 la Organización Mundial del Comercio fue la primera organización internacional que tuvo que resolver la adecuación de una normativa nacional a la regla de los tres pasos. En este caso se consideró que algunas de las provisiones del “Digital Millennium Copyright Act,” que permitía a un gran número de restaurantes y otros establecimientos reproducir obras musicales por radio y televisión sin ninguna compensación contravenían la regla de los tres pasos. El Digital Millenium Copyright Act es el estatuto que enmienda la ley de copyright norteamericana implementando, entre otras medidas, exenciones de responsabilidad para los proveedores de servicios en línea. En este caso fue la Unión Europea que inició el procedimiento de resolución en defensa de los derechos de la entidad que representaba los derechos de los intérpretes musicales irlandeses. El panel consideró que algunos de los artículos del controvertido Digital Millenium Copyright Act no cumplían la regla de los tres pasos.

2.3 Sistemas de límites abiertos: la doctrina del *fair use*

Una atenta revisión del encaje del arte apropiacionista en el contexto legal de los Estados Unidos aporta información interesante por tres razones: En primer lugar, porque gran parte de los artistas apropiacionistas que ya forman parte de la Historia del Arte desarrollaron su carrera artística en Norteamérica⁴⁹¹. En segundo lugar, por el papel que juega el derecho de la Libertad de Expresión en el imaginario Norte Americano, que es mucho menos tolerante a

⁴⁹⁰ GINSBURG, Jane C., “Toward Supranational Copyright Law?” The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=253867> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.253867> (última consulta en 1/12/20)

⁴⁹¹ Es el caso de algunos artistas de los que ya se ha dado cuenta en la introducción, como Richard Prince, Jeff Koons, Mike Bildo, Barbara Kruger, Cindy Sherman, Sherry Levine, y otros como David Salle o Eric Doeringer.

los límites o restricciones que puede suponer la Ley de Propiedad Intelectual que en el contexto europeo, y que se demuestra en la abundante jurisprudencia que ha generado. En tercer lugar, porque el sistema del *fair use*, basado en un equilibrio de intereses, da mucho más juego a la protección de los usos de contenidos no autorizados a los artistas apropiacionistas.

Los Estados Unidos cuentan con una defensa al uso de obras de terceros no autorizada que se basa en una doctrina que en lugar de organizar los posibles usos de obra protegida en categorías y codificarlos, tiene una respuesta flexible basada en factores que hay que valorar en su conjunto en lugar de encajar en supuestos de hecho específicos⁴⁹². El acusado de infracción de *copyright* es el que tiene que demostrar que el uso de la obra protegida constituye *fair use*.

El derecho de un titular de derechos de ejercer su *copyright* e impedir la reproducción de su obra puede ser interpretado con una restricción a la libertad de expresión en algunas circunstancias⁴⁹³. El objetivo del *fair use* es mantener el equilibrio entre el derecho de autor y la creatividad que este mismo derecho tiene el objetivo de promover sin que ello conlleve impedir el desarrollo de las nuevas creaciones. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos definió el “Fair Use” como “First Amendment Safeguard”, es decir, como una herramienta para garantizar la libertad de expresión y para asegurar el objetivo original del *copyright*, que es, como ya hemos visto en el capítulo 1, fomentar e incentivar la creatividad⁴⁹⁴.

Si no existiera el Fair Use cualquier derechohabiente podría evitar el uso de la obra de la que es titular incluso en casos en que la libertad de expresión está en riesgo, como en la parodia o la crítica desfavorable.

⁴⁹² HERBERT LAZEROW, *Mastering Art Law*, Carolina Academic Press, 2015

⁴⁹³ Esta restricción a la libertad de expresión no debe ser confundida o asimilada a la “censura”, GARCIA ARISTEGUI, D., *Porque Marx no habló de copyright*, Enclave libros, Madrid 2014pp. 159-178

⁴⁹⁴ “when enforcement of copyrights (...) would stifle the very creativity which [copyright] law is designed to foster” *Campbell v Acuff-Rose Music, Inc*, U.S 569,577 (1994) (parafraseando *Seward v. Abend*, 495, -S 207, 230 (1990))

Por un lado, la doctrina del *fair use* permite a los tribunales una cierta flexibilidad teniendo en cuenta las peculiaridades de cada caso y variedades de supuestos de hecho. Por otro lado, como veremos más adelante, esa misma variedad genera una cantidad de jurisprudencia que puede llegar a ser contradictoria y generar una gran inseguridad jurídica.

a) Fair Use, historia

La doctrina del *fair use* proviene del *common law*, es decir, fue una doctrina elaborada por los jueces antes de ser codificada. Poco después de la creación del *Statute of Ane* en 1709, los tribunales reconocían que en algunas ocasiones copiar obras protegidas por el derecho de autor constituía “fair abridgment”⁴⁹⁵.

En 1841, en *Folsom v. Marsh* el acusado había copiado 353 páginas de una biografía del presidente George Washington. El famoso juez Story rechazó los argumentos de la defensa articulando por primera vez la estructura de los cuatro factores que deben considerarse para determinar si el uso de la obra ajena está protegido o no por el *fair use*: “deberemos observar la naturaleza y contenidos de la selección copiada, la cantidad y valor de materiales usados y el nivel en el que [el uso] podrá causar un perjuicio a la venta o disminuir los beneficios o dejar sin uso los objetos o el trabajo original”⁴⁹⁶

Más tarde, en 1976, la doctrina del Fair Use se codificó en el estatuto 17 U.S.C § 107

b) Fair Use, texto

El texto del estatuto declara lo siguiente:

17 U.S.C. § 107 (1982)

*Notwithstanding the provisions of sections [106](#) and [106A](#), the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as **criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research**, is not an infringement of*

⁴⁹⁵ Gyles v. Wilcox, 26 Eng. Rep. 489, Atk 141 (1740) (no 130)

⁴⁹⁶ Folsom v. Marsh 9 F.Cas 342 (C.C.D. Mass 1841) (no 4901) pag 348

copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;*
- (2) the nature of the copyrighted work;*
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and*
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.*

El preámbulo del texto parece apuntar a una lista de supuestos de hecho similar a un sistema de límites cerrado: crítica, comentario, noticias de actualidad, enseñanza, (incluyendo múltiples copias para dar una clase), investigación académica. Contrariamente, la doctrina del *Fair Use*, igual que los sistemas cerrados, no permite copiar un libro de texto en su totalidad, aunque sea para el uso en una clase. Cada uno de los cuatro factores analizan el problema de la copia no autorizada desde un punto de vista diferente.

No se trata de analizar cuál de los intereses contrapuestos obtiene la mayoría de los factores a su favor, si no de analizar cada caso desde todos los puntos de vista, que son complementarios entre ellos. Los cuatro factores se aplican a cada caso de manera conjunta, sin perder de vista el objetivo del *copyright*: Incentivar la creatividad⁴⁹⁷.

I. Primer factor: El propósito y carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial, si es sin afán de lucro o con objetivos educativos

El primero de los factores centra su atención en la redacción del preámbulo del estatuto del *fair use*. Si el propósito del uso es la crítica, el comentario, dar noticias de actualidad, la enseñanza, o la investigación académica, el tribunal tenderá a decidir a favor del *fair use* de la copia no autorizada. En palabras del Juez Leval: , “El primer factor es el alma del *fair use*”⁴⁹⁸ Este factor analiza la justificación del uso de la obra ajena, o, mejor dicho, si la justificación es suficientemente persuasiva para justificar el uso de una obra ajena. Esta justificación dependerá en gran medida del nivel de **transformación** de la copia respecto a su contenido

⁴⁹⁷ LAZEROW, H. «Mastering Art Law», p95

⁴⁹⁸ LEVAL, PN. En “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review*, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990) 1116

original, modificando su contenido o añadiéndole un nuevo significado, una nueva manera de ver o de entender el trabajo precedente y creando una nueva obra, que a su vez tendrá también derechos de autor⁴⁹⁹. Si no hay transformación, y simplemente se trata de una obra que copia a otra para reemplazarla, esa mera copia irá en contra de la misma razón de la existencia del *copyright*.

Por un lado, este enfoque parece estar perfectamente en consonancia con el objetivo del *copyright*: Incentivar la creación de nuevas obras que enriquecen el contexto cultural. Por otro lado, sin embargo, parece que este primer factor entra en colisión directa con uno de los derechos exclusivos que la Ley de Propiedad Intelectual garantiza al autor: Autorizar el derecho de transformación para crear una obra derivada - “derivative right” en inglés-. Analizaré este aparente conflicto más adelante.

1 a) La transformación en el primer factor

Los tribunales dan mucha importancia y analizan con mucho detenimiento el nivel de transformación de las obras copiadas para decidir a favor o en contra del primer factor.

La transformación puede implicar o bien una transformación física de la obra o bien una adaptación de la obra copiada para un nuevo uso. La jurisprudencia americana ha dejado una gran variedad de definiciones del concepto “transformación”: des de la más restrictiva, que incluye solo la parodia, pasando por la que considera justificada la transformación si el nuevo trabajo en el que se incluye la obra copiada critica o comenta en el original, hasta la definición más amplia requiere simplemente que el propósito del uso de la obra copiada sea distinto al propósito del uso original.

En el ámbito doctrinal el texto más importante sobre la transformación es el artículo “Toward a Fair Use Standard”⁵⁰⁰, escrito por el Juez Leval en 1990 en la que desarrolló el concepto de transformación.

⁴⁹⁹ El término utilizado en inglés es “transformative use” o “transformative meaning” o “transformativeness”

⁵⁰⁰ LEVAL, PN. “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review*, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990) 1116

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos desarrolló la definición del estándar “transformación de la obra original” en *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc*⁵⁰¹ (1994) En *Campbell*, un músico parodiaba la canción “Pretty Woman” convirtiéndola en “hairy woman”, copiando la composición en su totalidad y parte de la letra. En *Campbell*, el tribunal caracterizaba la parodia como capaz de “*producir un beneficio social, a través de mirar una obra existente con una luz diferente, y en el proceso, crear una (obra) nueva*”⁵⁰²

la sentencia se definía transformación de manera muy amplia, pero se aplicaba a un contexto de parodia, dejando abierta la cuestión de cómo se debía aplicar el análisis en otras circunstancias⁵⁰³

I b) La transformación en la parodia

En *Rogers v. Koons*⁵⁰⁴ (1992), un caso anterior a *Campbell*, el artista Jeff Koons realizó una escultura basada en una fotografía del fotógrafo Rogers, reconoció que se inspiró en la fotografía y argumentó en su defensa que su escultura era una parodia sobre las banalidades de la clase suburbana de los Estados Unidos⁵⁰⁵. El tribunal no aceptó la defensa del *fair use* porque la escultura no parodiaba la fotografía original en concreto, sino un concepto o una idea que la fotografía podía –o no-representar⁵⁰⁶. Aunque la escultura no tuviera en absoluto un efecto sobre el mercado comercial de la fotografía original de Rogers, Koons perdió el juicio y la escultura se consideró una infracción de copyright.

⁵⁰¹ *Campbell v Acuff-Rose Music, Inc*, U.S 510 U.S. 569,578 (1994)

⁵⁰² *Campbell v Acuff-Rose Music, Inc*, U.S 510 U.S. 569, 579 (1994)510 U.S.,

⁵⁰³ WEINSTOCK NETANEL, N. “Making sense of Fair Use”, *Lewis and Clark Law Review*,15 Lewis and Clark L. Review, 715, 746 (2011)

⁵⁰⁴ *Rogers v.Koons*, 960 F.2d 301 (2d Circ 1992)

⁵⁰⁵ La escultura se exhibió en la exposición “banality show” en la Manhattan’s Sonnabend Gallery en 1988.

⁵⁰⁶ “even given that “String of Puppies” is a satirical critique of our materialistic society, it is difficult to discern any parody of the photograph “Puppies” itself” *Rogers v.Koons*, 960 F.2d 310 (2d Circ 1992)

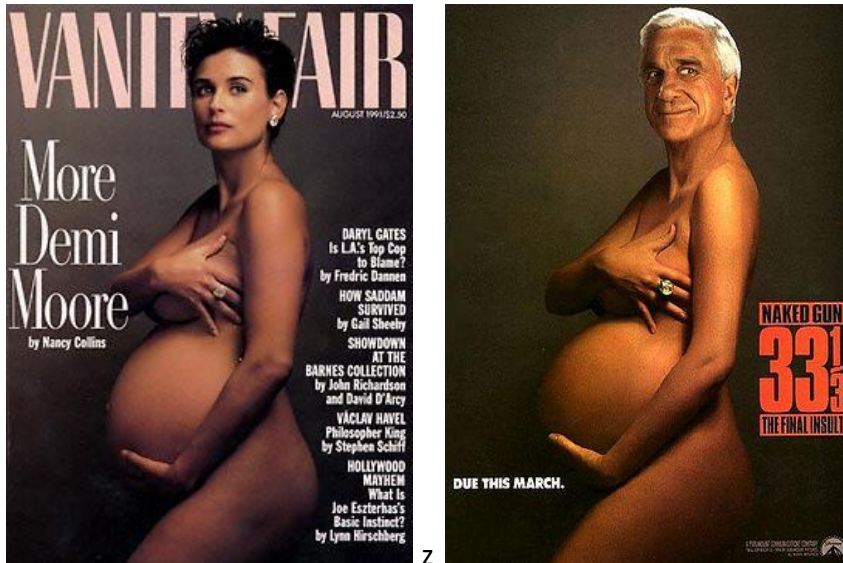


Arriba, la fotografía de Rogers. Abajo, la escultura de Keff Koons

La parodia suele ser uno de los supuestos de hecho en el que los tribunales consideran que se da una transformación que favorece a la defensa en su amparo en el *fair use*⁵⁰⁷. En *Leibovitz v Paramount Pictures Corp*⁵⁰⁸ (1998), Paramount utilizó un fragmento de la famosa foto que Leibovitz hizo de Demie Moore embarazada superponiendo la cabeza del actor Leslie William Nielsen, para anunciar el estreno de una película, con la frase *Naked Gun 33½: The Final Insult. Due this March*". El fragmento de la foto utilizada no se alteró en absoluto. El tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que se trataba de *fair use* y desestimó las peticiones Leibovitz para ejercer su copyright.

⁵⁰⁷ Dr Seuss Enters, L. P v. Penguin Books USA Inc, 109 F.1373 (Fed.Circ 2010). En Seuss, █

⁵⁰⁸ Leibovitz v Paramount Pictures Corp⁵⁰⁸, 137 F.3d 109 (2d Cir 1998)



Leibovitz v Paramount Pictures Corp

Pero la parodia no es siempre una defensa automática.

La diferencia entre *Leibovitz* y *Rogers* parece ser que, en el primer caso, el tribunal consideró que la parodia versaba sobre la misma foto copiada (la foto de Leibovitz) mientras que, en el segundo, la copia de la foto se utilizó para criticar un concepto, una idea: La banalidad de la clase suburbana⁵⁰⁹. Sin embargo, la transformación es mucho más evidente en el segundo caso (escultura inspirada en una fotografía) que en el primero (cortar y pegar de una portada de revista a un póster para anunciar una película).

En *Mattel, Inc v. Walking Mountain Productions* (2003) un fotógrafo realizó unas fotografías de la famosa muñeca Barbie representándola en escenas absurdas junto a aparatos de cocina vintage⁵¹⁰. El fotógrafo alegó que las fotografías, llamadas “Food Chain Barbie” criticaban la objetualización de la mujer y defendió su uso no consentido de las muñecas alegando *fair use*. El noveno circuito del tribunal de apelaciones el tribunal declaró el uso no autorizado de las Barbies *fair use*, justificando su decisión en el uso transformativo que el fotógrafo hacía de las muñecas y de su carácter de partida, argumentando también que el uso no autorizado no producía ningún daño en el mercado de las muñecas. Esta sentencia contradice en parte a *Rogers v Koons*: La parodia se denegó en *Koons* por no referirse específicamente a la

⁵¹⁰ *Mattel, Inc v. Walking Mountain Productions*, 353 F.3d 792 (9th Cir 2003)

fotografía. En este caso no está claro si la parodia es de Barbi o una crítica a la sociedad. Blanch v. Koons (el caso de las piernas utilizadas por Koons) también se utilizó el recurso de la parodia para sustentar la defensa del fair uso. la parodia, como hemos visto, para justificar el uso En una sátira, el artista deberá justificar el uso del original.

l c) Transformación cuando la obra copiada critica o comenta en el original

En Blanch v. Koons⁵¹¹ (2006), Koons copió las piernas de un anuncio para incluirlas en un collage. Basándose en *Campbell*, el tribunal decidió que la obra de Koons se trataba de una parodia y que por lo tanto se podía permitir la copia no autorizada. Preguntándose si la parodia era sobre la obra copiada, el tribunal apuntó que cuando la obra nueva critica algo relacionado con la obra original, debemos referirnos al propósito de la nueva obra como sátira en lugar de parodia.

En una sátira, el artista deberá justificar el uso del original. Koons justificó el uso argumentando que necesitaba un par de piernas de las que suelen aparecer en los anuncios, y esta justificación le hizo prevalecer en el litigio frente a la fotógrafa de las piernas copiadas.



Blanch v. Koons

Transformación en uso idéntico: Cariou v Richard Prince

⁵¹¹ Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)

Cariou v Prince es el comentadísimo caso que amplía las fronteras de la transformación, que en su definición más amplia requería que el **propósito del uso** de la obra copiada sea **distinto** al propósito del uso original.

En *Cariou v Prince*⁵¹² (2013) el artista Richard Prince realizó una serie de 28 obras llamadas “Canal Zone” (el artista nació en 1949 en la zona del Canal de Panamá) apropiándose de 35 fotografías de rastafaris del fotógrafo Patrick Cariou sacadas de su libro “Yes Rasta” publicado en el 2000. Prince realizó las obras en 2008. Algunas de las obras de Prince utilizan una parte substancial de las obras de Cariou, en otras el uso de las obras de Cariou es casi irreconocible. Se trata de obras de gran formato y la técnica utilizada es collage, pintura acrílica sobre tela e impresión en tinta. Las obras creadas por Prince son copias de las fotografías originales modificadas en la mayor parte superponiendo otras imágenes o creando composiciones con otras obras. Cariou demandó a Prince y a la Gagosian Gallery por exponer sus obras. En 2011, el tribunal de primera instancia de Nueva York (district court) falló a favor de Cariou⁵¹³. Prince apeló, y el caso llegó al tribunal de apelación (2º circuito) para dirimir la cuestión sobre si el trabajo de apropiación de Richard Prince podía ser considerado Fair Use y por lo tanto ser autorizado. El caso causó una gran expectación mediática, y hasta *la Andy Warhol Foundation* registró un “Amicus Curiae” defendiendo que en la sentencia del tribunal de primera instancia limitaba la libertad de expresión y ponía en peligro toda una tradición artística, la apropiación, por no aplicar correctamente el concepto de la transformación o “transformative meaning”⁵¹⁴, ya que la sentencia limitaba este concepto a los casos en los que la obra

⁵¹² *Cariou v Prince* 714 F.3d 694 (2d Cir 2013)

⁵¹³ 784 F. Supp. 2d 337 (S.D.N.Y. 2011).

⁵¹⁴ El objetivo de la Fundación Andy Warhol es promover la creación, promoción y estudio del arte contemporáneo. Esta organización ha concedido más de doscientos millones de dólares en ayudas y becas a proyectos de todo tipo de personas e instituciones cuyo objetivo es promover el dialogo cultural y la libertad de creación, que considera fundamental para una sociedad democrática. La fundación está comprometida con la defensa de los derechos de autor de las obras de Andy Warhol y los defiende frente a usos comerciales, pero considera que los artistas que se inspiran en obras de Andy Warhol están ejerciendo su derecho de libertad de expresión y por lo tanto no persigue este tipo de usos de obras de Warhol, aunque no hayan pedido los permisos correspondientes. BRIEF AMICI CURIAE OF THE ANDY WARHOL FOUNDATION FOR THE VISUAL ARTS, INC. AND THE ROBERT RAUSCHENBERG FOUNDATION IN SUPPORT OF FURTHER EVIDENTIARY PROCEEDINGS FOR PURPOSES OF DETERMINING FAIR USE ON REMAND Case 1:08-cv-11327-DAB Document 98 Filed 10/22/13

apropiacionista era una parodia o comentaba directamente en el original y declaraba erróneamente que el sentido de una obra de arte lo define íntegramente por la voluntad del artista. En 2013, el tribunal federal de segunda instancia (US Court of Appeals del tercer circuito), dio la razón a Prince ya que encontró transformación en por lo menos 23 de las obras de Cariou. Los cinco restantes fueron remandadas al tribunal de primera instancia. En 2014 Cariou i Prince anunciaron que habían llegado a un acuerdo extrajudicial.

El tribunal se cuestionó si “un observador razonable (...) podría descubrir en las obras de Prince una estética distinta a la de las obras de Cariou”⁵¹⁵ e interpretó el primer factor considerando que la imagen original había sido transformada gracias al efecto de las guitarras superpuestas a las imágenes de Cariou, que daban a las imágenes “una nueva expresión, significado o mensaje”⁵¹⁶ volviéndolas más provocadoras, muy diferentes a la belleza capturada por Cariou presentando a los Rastafari en su ambiente original.



Fig. izquierda una de las obras de Richard Prince “Canal Zone”

Fig. derecha: fotos originales de Cariou

⁵¹⁵ Cariou, 714 F.3d, 706

⁵¹⁶ Cariou v Prince 714 F3d 694 (2d Cir 2013) 706,712, citando *Campbell* ⁵¹⁶ *Campbell v Acuff-Rose Music, Inc*, U.S 569,586 (1994)

La novedad en *Cariou* es que el tribunal aceptó el concepto de transformación a pesar de que la finalidad del uso de las dos obras era muy similar: Ya no se trataba de una foto usada para el cartel de una película o de un recorte de publicidad en una obra de arte: Las dos eran obras de arte (una foto, un collage,) con el objetivo de ser expuestos o reproducidos en forma de catálogo o publicación.

En este caso el tribunal federal del tercer circuito no estaba condicionado por ningún precedente similar, y la definición utilizada para establecer los límites de la transformación (igual propósito, diferente significado) generaron una gran controversia y un gran número de artículos de muchas de las más prestigiosas *Law Reviews* de Norte América

La crítica más común a *Cariou* es que la nueva y extensa definición de transformación deja sin efecto el “derivative right”, el equivalente al derecho de transformación en la LPI española reconocido en el art 20 LPI, y que en el *Copyright Act* se establece en 17 U.S.C §106 (2) como un derecho exclusivo del autor a autorizar la creación de una “obra derivada”. Una obra derivada genera, a su vez, sus propios derechos de autor siempre que tenga la suficiente originalidad. Hasta la aparición de *Cariou*, la línea estaba clara: Si la obra nueva servía un propósito diferente al original, nos encontrábamos delante de una transformación (por lo tanto, *fair use*) y no de una obra derivada que, si había sido creada sin la autorización pertinente del derechohabiente, constituía una infracción.

Lejos de trazar un sólido precedente y de aportar más claridad añadiendo un supuesto de hecho a la doctrina del *Fair Use*, *Cariou* ha generado una gran inseguridad jurídica y ha puesto a la doctrina en guardia, temiendo que, a partir de ahora, la decisión sobre si un uso de una obra no permitida es *Fair Use* o no dependa del juicio artístico de los jueces.

El análisis del primer factor es pues clave en el análisis de los posibles usos infractores del arte contemporáneo, pero no aporta mucha claridad para poder prever el resultado de cualquier controversia que utilice obras ajenas en la creación de una nueva obra sin el permiso del titular de la obra original.



Richard Prince, *It's all over* (2008) Collage, tinta y acrílico sobre tela. 80x 120 ¼ inches, una de las obras en que las imágenes de Cariou son menos evidentes.

II. Segundo factor: Naturaleza de la obra copiada

El segundo factor analiza la naturaleza de la obra copiada. La importancia de este segundo factor es que, a más carga creativa tenga la obra copiada, más tendrán que pesar los otros tres factores para justificar el *fair use*. Por ejemplo, un fragmento de las noticias tenderá a ser más “copiable” que un fragmento de una película. En realidad, se trata de considerar si la obra protegida es del tipo que las leyes de copyright pretendían proteger.

Si la obra copiada es creativa el caso suele decantarse en contra de la defensa, por la simple razón que uno de los requisitos para que una creación pueda estar protegida por el copyright es su originalidad, y la originalidad y la creatividad suelen estar íntimamente ligadas.

Otro aspecto a tener en cuenta en este segundo factor será si la obra copiada había sido divulgada o no por su autor: El derecho del autor a controlar el momento cuando se divulga su obra tendrá un gran peso en la decisión del tribunal. El copista no podrá divulgar una obra ajena sin el permiso de su autor.

Este factor, sin embargo, no es decisivo: Ya hemos visto más arriba algunos de los casos que se decidieron a favor del *fair use* cuyas obras copiadas coinciden con el tipo de obras que la Ley de Propiedad Intelectual pretende proteger: Una canción (en el caso de *pretty woman*, una fotografía (en el caso de la foto de Rogers transformada en “String of puppies” de Koons), una fotografía de un fotoperiodista (en el caso de las fotos de los Rastafaris convertidas en “Yes Rasta de Prince)

III. Tercer factor: La cantidad y sustancialidad de la porción de la obra copiada en relación a su totalidad.

El argumento que determinará este factor a favor de la defensa será doble: El copista deberá utilizar el fragmento más pequeño posible de la obra copiada, y la obra copiada deberá representar una proporción lo más pequeña posible en relación a la obra del copista.

La proporción de la obra copiada debe ser la mínima posible respecto a la original. Este factor encaja bien en otras disciplinas, pero no en artes visuales. En el sector editorial es razonable limitar la copia de un libro al menor número posible de páginas, en música y en los trabajos audiovisuales, a un fragmento lo más pequeño posible de una canción. Pero en artes visuales, la copia será casi siempre del todo, porque la unicidad de la obra es lo que le da sentido. Copiar una obra de arte para comentarla deja de tener sentido si no la puedo copiar en su totalidad. En la parodia, por ejemplo, este requisito es contradictorio con el primer factor: será necesario copiar la totalidad de la obra protegida para justificar el cumplimiento del primer factor (comentario o crítica debe versar sobre la obra copiada). De lo contrario el público no podrá identificar la obra original y se perderá el sentido de la nueva relectura. La justificación de la selección de la obra copiada, por otro lado, tendrá que estar en relación con la justificación del primer factor.

Por lo que respecta a proporción que ocupa la obra copiada respecto a la totalidad de la obra de copista, en *Ringold v Black Entertainment TV* (1997) –ver nota 51– la autora de una obra de artes visuales (una obra que combinaba pintura, tapiz y texto) denunció a una emisión de TV por mostrar su obra durante 27 segundos en un total de 20 minutos que duraba el programa. La cámara solo mostraba la obra en el fondo, pero el resultado del análisis del tribunal no autorizó el *fair use*. No parece existir ninguna indicación sobre un mínimo bajo el cual la copia

será considerada fair use, porque la obra copiada se analiza tanto en cantidad como en calidad.

En este caso tampoco se consideró que el primer factor (la transformación) fuera a favor de los acusados ya que las dos obras se utilizan con la misma finalidad: El uso de una obra para decorar un plató de televisión no fue considerado transformación porque tanto la obra de artes visuales como el plató tenían una finalidad decorativa⁵¹⁷

IV. Cuarto factor: El efecto del uso en el mercado potencial de la obra copiada

En el análisis de este factor, el tribunal considera el efecto del uso del copista en el mercado *potencial* de la obra copiada. Si el efecto de la copia reduce este mercado potencial, el tribunal tenderá a considerar que la copia no constituye *fair use*, porque este uso estaría en contra del propósito del copyright, que es asegurarse que los creadores siguen enriqueciendo el mundo con su creatividad ofreciendo un incentivo económico para que los creadores puedan seguir creando. Pero el “uso comercial” no siempre significa “explotación comercial”.

En este factor se analiza tanto el mercado que el titular de la obra copiada explota como el que *potencialmente* podría explotar: No explotar un potencial mercado existente no conlleva una autorización implícita para copiar la obra sin permiso de su titular. Por definición todos los usos no permitidos son una infracción de los derechos de explotación, pero solo son infractores los usos que pueden considerarse un “substituto” del mercado original de la obra copiada y que dejan a la obra sin mercado. Uno de los mejores ejemplos del objetivo de este factor es *A&M Records, Inc. v. Napster*⁵¹⁸ en el que el *Noveno circuito*⁵¹⁹ determinó que el propósito del uso de los usuarios de Napster era comercial a pesar de no obtener un beneficio económico directo ya que Napster no obtenía un lucro económico directo de la venta de las

⁵¹⁷ Ringgold v Black Entertainment Television, Inc. 126 F3d 70 (2d Circ 1997)

⁵¹⁸ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.ed. (9th cir.2001)

⁵¹⁹ *Ninth circuit* es el tribunal de segunda instancia con jurisdicción en los distritos federales de los distritos de Alaska, Arizona, Distritos Central, Norte, Sud y Este de California, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Oregon, Distritos Este y Oeste de Washington. La sede central se encuentra en San Francisco. EL *Ninth circuit* es el mayor de los trece tribunales de apelación del sistema federal de los Estados Unidos.

canciones descargadas. En este caso, el hecho de que el usuario se hubiera ahorrado el coste de comprar la canción a través de fuentes legítimas bastó para que el tribunal se manifestara a favor de la compañía discográfica por haber demostrado un daño económico decantando a su favor el cuarto factor.⁵²⁰

En el conocido caso de *Harper&Row v. Nation*⁵²¹ (1985) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró que este cuarto factor era el más importante de todos. En esa ocasión, la revista *The Nation* publicó unos extractos de las memorias del presidente Gerald Ford antes de que aparecieran publicadas en su memoria “*A time to Heal*” cuyos derechos habían sido adquiridos por *Harper&Row*, que a su vez había acordado la publicación de ciertos fragmentos de la memoria con la revista *Time*. A resultas de la publicación en *Nation*, *Time* rescindió el contrato para la publicación. La justificación argumentada por la revista que copió el fragmento fue el interés periodístico de las memorias, pero la defensa no fue suficiente para considerar la copia *fair use*. El mensaje es claro: cualquier uso que interfiera con el incentivo que puede tener un autor para ejercer los derechos sobre su obra (en este caso, conseguir vender los derechos de autor para publicar unas memorias) es contrario al objetivo del copyright.

Pero veamos cómo se aplica el cuarto factor en las sentencias de los casos que atañen obras de arte contemporáneo.

c) Fair Use, crítica

El sistema del *fair use* está diseñado con un lenguaje intencionadamente flexible que permite la aplicación de la regulación a los supuestos de hecho de manera que lo importante de cada caso no es el “que” sino el “como”. La clave en la defensa de un caso por *fair use* es intentar establecer analogías y justificar el equilibrio de intereses. El *fair Use* es un concepto heredero del derecho común. La mayoría de las sentencias se centran, sin explicitarlo, a los factores 1 (propósito y carácter del uso) y 4 (efecto en la explotación comercial).

⁵²⁰ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.ed. 1004 (9th cir.2001)

⁵²¹ *Harper & Row, Publishers, Inc. v Nation Enters*, 471 U.S 539, 566 (1985)

El *fair use* tiene la ventaja de permitir a los tribunales una cierta flexibilidad de interpretación de cada caso para poder mantener el objetivo de incentivar la creación que está en el espíritu del copyright. Si tenemos en cuenta la infinita variedad de supuestos de hecho a la que se encuentra sujeta la Ley de Propiedad Intelectual, la flexibilidad que permite este sistema de límites abierto es un gran acierto de la legislación norteamericana. Sin embargo, la falta de coherencia entre sentencias ha generado una gran inseguridad jurídica entre los artistas y ha sido ampliamente criticada por la doctrina, argumentando que el *fair use* abre la posibilidad de argumentar conclusiones previamente establecidas⁵²². Parte de la doctrina opina que los tribunales toman sus decisiones subjetivamente sobre si un uso no autorizado constituye *fair use* posteriormente alinean los cuatro factores para justificar su decisión⁵²³.

En 1990 Pierre N. Leval, mientras era Juez del Tribunal de primera instancia del "Southern District" de Nueva York escribió "**Toward a Fair Use Standard**"⁵²⁴. En este artículo el Juez Leval revela que los tribunales no comparten un consenso sobre la doctrina del "fair use" y que, además, los jueces no parecen sentirse incómodos ni buscar soluciones con esta ausencia de directrices⁵²⁵. Según Leval, las sentencias son el resultado de reacciones intuitivas condicionadas por los hechos particulares de cada caso, y, lo que es más importante, los jueces parecen más bien responder a lógicas relacionadas con la propiedad privada que a los objetivos de la propiedad intelectual⁵²⁶.

En este artículo Leval también explica que el elemento crucial del análisis del *fair use* es el factor de la transformación que corresponde al primer factor establecido en el 17 USC sec. 107 en lugar del factor comercial del cuarto factor, que era considerado tradicionalmente el

⁵²² W. CARROLL, Michael W.; "Fixing Fair Use", *American University Washington College of Law* 85 N.C.L. Rev. 1087, 1090 (2007). "Courts are inconsistent and arbitrary in their perception of style and its role in copyright infringement" GUPTA; Arjun "I'll Be Your Mirror-Contemporary Art and the Role of Style in Copyright Infringement Analysis" 31 U. Dayton L. Rev. 45 (2005), p. 56

⁵²³ NIMMER, D., "Fairest of Them All, and Other Fairy Tales of Fair Use", 66 *SPF Law & Contempo. Probs* 263,281 (2003)

⁵²⁴ Pierre Nelson Leval (1936) fue juez del tribunal de primera instancia del Southern District de NY hasta su nombramiento por Bill Clinton como juez del tribunal Federal de apelaciones del *Second Cir* en 1993

⁵²⁵ "Toward a Fair Use Standard", op. cit., p. 1106

⁵²⁶ "Toward a Fair Use Standard", op. cit., p. 1107

más determinante de los factores: “Creo que la respuesta a la cuestión de la justificación se centra principalmente en si el uso cuestionado es transformador y en qué medida. El uso debe ser productivo y debe emplear el material citado de una manera diferente o con un propósito diferente al original. ... [Si] el uso secundario agrega valor al original, si la obra citada se usa como materia prima, transformada en la creación de nueva información, nueva estética, nuevas percepciones y entendimientos; este es el tipo de actividad que la doctrina del *fair use* pretende proteger para el enriquecimiento de la sociedad.”⁵²⁷.

En la parte final del artículo, se pregunta si puede haber otros condicionantes más allá de los cuatro factores analizados que puedan utilizarse como una defensa al *fair use*. Entre ellos, la “buena fe”, que descarta por recaer excesivamente en la subjetividad de los jueces y por no dejar que la motivación sea un impedimento para que los autores puedan denunciar el uso de lo que es suyo. Más interesante es la “integridad artística”, que relaciona con los derechos morales del sistema francés y rechaza con el argumento que el derecho moral solo se debería reconocer a los artistas y no a todos los creadores de una obra.

Un breve repaso jurisprudencial basta para detectar las incongruencias en el sistema del *fair use* aplicado al arte. En *Cariou v. Prince (2013)*, la transformación fue considerada suficiente para que prevaleciera el *fair use* a pesar de que las dos obras tuvieran igual propósito (las dos eran obras de artes visuales, la obra copiada una fotografía y la obra apropiacionista, una pintura o collage). El factor determinante fue el *significado*, es decir, un factor que va más allá de la forma, que es, como hemos visto en el capítulo anterior, el *corpus mechanicum*, anclaje que da lugar a la propiedad intelectual. Si las ideas están fuera de la protección de la propiedad intelectual, buscar en el significado de la forma para justificar el *fair use* podría abrir la puerta a considerar obras que no cumplen los requisitos de originalidad en su *forma*, pero si en su *significado*. *Cariou* tampoco es coherente con *Rogers v. Koons* (la escultura “*string of puppies*” que replicó una fotografía en una escultura: En *Rogers* la obra fue copiada en su totalidad, y *Koons* declaró que quería la escultura copiara la fotografía de la manera más fiel posible⁵²⁸. El tribunal en *Rogers* insiste que “la idea de una pareja con ocho cachorros sentados en un banco no está protegida”, pero la expresión de la idea que realizó *Rogers*,

⁵²⁷ Toward a Fair Use Standard, op. cit., p. 1107

⁵²⁸ *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 305

sí⁵²⁹. Pero el apropiacionismo se basa justamente en eso: Apropiarse de una expresión existente y reproducirla para darle un nuevo significado⁵³⁰. Si en la base de la argumentación yace siempre la dicotomía entre expresión e idea, los casos de apropiación no alcanzarán nunca el umbral del fair use y serán infractoras *per se*.

El *fair use* y su aplicación en las artes visuales

El sistema del *fair use* no tiene en cuenta las especificidades de las artes visuales. El *fair use* se creó pensando en literatura como supuesto de hecho, no en arte. Los jueces intentan aplicar un criterio uniforme, pero en algunos casos se dejan influenciar por gustos personales o subjetivos. Es el caso, por ejemplo, del juez Cardamone, que dejaba entrever una hostilidad patente hacia Jeff Koons. Cardamone fue el juez encargado de redactar la sentencia en nombre de los tres jueces de la Corte de Apelación criticaba a Koons por su "willful and egregious behavior" (comportamiento intencionado y atroz)⁵³¹ criticando "mala fe" de Koons, que eliminó el aviso del copyright de la foto de Rogers y que desobedeció la orden del juez mandando una copia de la escultura al extranjero. El tribunal, además, cita un artículo en el que un crítico del New York Times se queja de que "Koons está llevando la relación entre arte y dinero tan lejos que todos lo que se ven involucrados acaban pareciendo un tanto absurdos"⁵³². No hay que olvidar que el contexto en el que se dictó esta sentencia era a principios de los 90 en el que los precios del arte en Nueva York alcanzaban cifras insólitas.

Leval lo anuncia en las conclusiones de su artículo: "*escritores, editores y los demás beneficiarios del fair use no tienen una guía fiable sobre como gobernar su conducta*"⁵³³. Y, recordando al Juez Story "*no es fácil establecer principios que sean aplicables a todos los casos*"⁵³⁴. Leval concluye que la mejor fórmula para garantizar la consistencia y predictibilidad

⁵²⁹ Rogers v. Koons, 960 F.2d 308

⁵³⁰ "I'll Be Your Mirror-Contemporary Art and the Role of Style in Copyright Infringement Analysis", op. cit. pag. 70

⁵³¹ Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2nd Cir. 1992) parte "IV Infringing Profits"

⁵³² Rogers v. Koons, 960 F.2d 304 (2nd Cir. 1992)

⁵³³ *Writers, publishers, and other wouldbe fair-users lack a reliable guide on how to govern their conduct* LEVAL, "Fair Use" p 1135

⁵³⁴ Folsom c. Marsh, 9 F. Cas. 342, 344 (c.C.D. Mass 1841) (no 4901) citado en Leval, Fair Use p 1135

de las decisiones judiciales es no perder de vista los objetivos prácticos del copyright, estimular el pensamiento creativo y el derecho de autor para el beneficio de la sociedad. Prohibir a los artistas copiar obras ajenas para crear sus propias obras –una práctica habitual no solo en la práctica artística contemporánea, sino en toda la historia del arte, como hemos visto en el inicio de este capítulo, no parece coherente con el objetivo de la ley de propiedad intelectual: Incentivar a los creadores para enriquecer el mundo con sus creaciones.

Reducir la ventana del *fair use* significa limitar la libertad de expresión y de creación de los artistas. Si, como hemos visto, la fiabilidad con la que podemos vaticinar el resultado del análisis de la doctrina del *fair use* aplicada a la mayoría de obras de arte contemporáneo es cuanto menos dudosa, entonces el mensaje es que, para no arriesgarse a cometer una infracción, se debería hacer los esfuerzos razonables para conseguir el permiso de uso del titular de la obra copiada siempre que fuera posible.

Pero las cosas no son siempre tan simples. Las licencias de cesión de derechos deben siempre autorizarse por escrito. Los titulares de los derechos de las obras no son siempre fáciles de encontrar. Artistas que trabajan por ejemplo con *found footage*, fragmentos de obras audiovisuales que presentados fuera de su contexto original adquieren un nuevo significado, encuentran su “materia prima creativa” en archivos, pero también en mercados de segunda mano que hacen imposible saber si la obra está o no en el dominio público, y todavía menos localizar a sus titulares. En casos en los que los titulares de los derechos de reproducción son corporaciones internacionales como Disney u otros gigantes del sector audiovisual el problema es todavía mayor: La negociación es prácticamente imposible y el coste de obtener la autorización de su uso exceden con creces la capacidad económica y de gestión de los artistas que pretenden utilizar su material.

En ocasiones no se trata solo de conseguir identificar al titular legítimo de los derechos de autor de la obra y conseguir su autorización por escrito. A veces la gestión será absolutamente imposible: Recuérdese los googleramas de Fontcuberta creados por miles de imágenes ajenas que, según la ley actual de propiedad intelectual española, no se pueden amparar en ninguna excepción.

Finalmente, es importante recalcar que algunos artistas simplemente no querrán pedir permiso a los titulares de las obras que usan- y no buscarán ahorrarse la gestión, ni si quiera los costes de la licencia: se negarán por una cuestión ideológica, porque su trabajo incide precisamente sobre la cuestión de los derechos de autor, y el cuestionamiento de la autoría presentando al mundo sus obras exactamente con la intención de criticar los “derechos de autor” que con tanto empeño han desarrollado los juristas para proteger “sus” derechos, y que, sin embargo, des de su punto de vista, les perjudica más que beneficia. ¿Es Sherry Levine menos libre de manifestar a través de las artes visuales su desacuerdo con los valores que el arte confiere a la autoría y a los derechos de autor que si lo hiciera a través de un texto? Levine crea sus “After Walker Evans” con la clara intención de poner en cuestión una serie de valores ampliamente aceptados en el mundo del arte contemporáneo, y lo hace de forma simbólica con una obra de arte que en el sector del arte se ha convertido en una obra icónica del siglo XXI, pero que, sin embargo, sin la autorización de sus titulares de derechos es completamente *illegal*. Si Sherry Levine hubiera escrito un ensayo expresando exactamente las mismas ideas y valores que proyecta en su obra de manera simbólica –cosa que hacen seguramente, los comisarios de sus exposiciones- el resultado sería completamente aceptable en la aplicación de la ley y no existiría ningún tipo de inseguridad jurídica ni para ella ni para las galerías que la exhiben. Los artistas visuales no tienen los mismos derechos de libertad de expresión y creación a pesar de expresar las mismas ideas a través de una obra de artes visuales y en lugar de un texto. Sherry Levine no puede presentar sus obras sin correr el riesgo de ser denunciada por infracción de derechos de propiedad intelectual. Sus comisarios y sus críticos, sin embargo, pueden desarrollar sus ideas –las ideas concebidas por Sherry Levine”- y obtener inmediatamente, por el simple hecho de su creación, derechos de propiedad intelectual sobre su obra.

¿Qué hubiera pasado si Gene Korman, el entonces titular de los derechos de autor de la foto de Marilyn utilizada por Warhol se hubieran negado a ceder el derecho de transformación de su obra, o si su valor hubiera sido tan prohibitivo que Warhol hubiera desestimado usar esa imagen? El arte contemporáneo se hubiera quedado sin una de sus obras icónicas que definen el arte del siglo XX. ¿Es este el objetivo que busca la propiedad intelectual? Para mantener el objetivo de la ley de propiedad intelectual, sería necesario proveer a los artistas una

salvaguada que les confiera con seguridad jurídica para poder utilizar obras ajenas para incorporar a sus obras

En febrero de 2015 los museos norte americanos se organizaron a través del College Arts Association (CAA) para crear el *Code of Best Practices in Fair Use for Visual Arts*⁵³⁵. Este código tiene el objetivo de proveer a los profesionales de las artes visuales con una guía de cómo usar material protegido por el copyright en museos, prácticas académicas, archivos y en la creación de obras artísticas⁵³⁶. *Code of Best Practices in Fair Use for Visual Arts* está basado en un consenso entre profesionales de las artes visuales que ante la disparidad y falta de concreción de los tribunales en la aplicación del *fair use*, tratan de establecer un código de buenas prácticas aceptable para todos los profesionales (artistas comisarios, críticos de arte, directores de museos), que a pesar de tener intereses a veces contrapuestos llegaron a varios puntos de acuerdo:

-es necesario tener un marco claro y conjunto de actuación (seguridad jurídica) para saber cuándo una copia autorizada constituye *fair use*,

-es necesario tener una guía para los derechohabientes para que no inicien acciones legales cuando el usuario del contenido protegido puede invocar el *fair use* como defensa

-es necesario crear una herramienta para que los tribunales se familiaricen sobre cuáles son las costumbres y las buenas prácticas del sector para la toma de decisiones acertadas.

Cabe destacar que el Code no constituye una crítica al copyright ya que la mayoría de los miembros del CAA son ellos mismos autores de contenido protegido. El objetivo de este Code es el de establecer una serie de certezas, un marco de seguridad fiable que sirva a los usuarios de derechos para saber lo que pueden y lo que no pueden hacer con los contenidos ajenos. El Code especifica que no es aplicables fuera de la jurisdicción norteamericana, tampoco para

⁵³⁵ El College Art Association es una asociación sin afán de lucro creada para promover las artes visuales y su conocimiento a través de la promoción, la investigación y el apoyo a las Instituciones y los profesionales, editando publicaciones académicas y desarrollando guías de buenas prácticas relevantes para el sector. <https://www.collegeart.org/programs/caa-fair-use>

⁵³⁶ El Code of Fair Use está disponible en este enlace <https://www.collegeart.org/programs/caa-fair-use/best-practices>

los casos en que las obras se encuentran en el dominio público y, por supuesto, tampoco en los casos en los que existe una licencia o cesión de derechos entre las partes que regule el uso de contenido protegido.

El Code divide sus recomendaciones en tres apartados: Crítica (artística), educación artística, práctica artística y usos en museos, además de un apartado dedicado al acceso online a las colecciones y a los museos. En el apartado de la práctica artística, se dictan los siguientes principios:

-Los artistas deben evitar usos de contenido protegido por copyright que no generen nuevo significado artístico, siendo conscientes que una simple modificación de técnica sin más no cumple este requisito.

-El uso de una obra preexistente, en parte o en su totalidad, tendría que estar justificado con un objetivo artístico, y los artistas que copian deliberadamente obras protegidas por copyright tienen que poder justificar tanto su uso como la extensión del mismo.

-Los artistas deberían evitar sugerir que los elementos incorporados son originales, a no ser que esta aseveración sea integral en el contenido del nuevo trabajo.

-Cuando se copie un trabajo ajeno, el artista debe citar la fuente, ya sea en nuevo trabajo o en otros formatos (en las cartelas o en el metadata), a no ser que haya una razón estética explicable para no hacerlo. -

El proceso se realizó después de llevar a cabo entrevistas a más de 12.000 miembros del CCA con el asesoramiento legal de Peter Jaszi y Patrica Aufderheide, dos destacados académicos especialistas en este campo⁵³⁷.

⁵³⁷ El Code se realizó después de llevar a cabo un estudio extensivo disponible en <https://www.americansforthearts.org/by-program/reports-and-data/legislation-policy/naappd/copyright-permissions-and-fair-use-among-visual-artists-and-the-academic-and-museum-visual-arts> Copyright, Permissions,

and Fair Use among Visual Artists and the Academic and Museum Visual Arts

Communities: An Issues Report.

El código ha sido analizado también por la doctrina, que apunta que de todos los artistas entrevistados, ni uno solo reportó haber pedido las licencias necesarias para usar el material ajeno, y que sería más efectivo explicar a los artistas como enfrentarse ante una posible demanda y a informarles sobre sus costes⁵³⁸.

En definitiva, este intento de clarificar la situación de la aplicación del *fair use* es una iniciativa que, aunque no la soluciona, ilustra la situación de inseguridad jurídica que provoca la doctrina del *fair use* en los artistas visuales.

4. REFLEXION FINAL



Fuente: <https://ial.uk.com/marclay-clock/>

La instalación “The Clock” (2010), de Christian Marclay es un *loop* de 24 horas en el que se muestran fragmentos de películas que perfectamente sincronizados indican la hora exacta en cada momento. Cada escena es de una película diferente. En ella podemos ver escenas que van des de películas conocidas como “el halcón maltés” o actores como Richard Gere a oscuros y desconocidos fragmentos audiovisuales que Marclay ha recuperado de archivos o de mercadillos de objetos perdidos. Las películas no tienen ninguna relación entre ellas y las escenas están intercaladas de una manera desconcertante, con un solo punto en común: una

⁵³⁸ LEHRBUGER, Amy. “You Be the Judge” An Analysis of the Collega Art Association’s Code of Best Practices in Fair Use of the Visual Arts” *Columbia Journal of Law and The Arts* 237 (2016) p. 268

imagen de un reloj que marca una hora coincidiendo con la hora “real” del lugar donde se encuentra la exposición. “The Clock” se ha mostrado en numerosos museos y bienales de todo el mundo y es siempre una pieza estrella que deja a los espectadores admirados por su milimétrica precisión y porque su duración es exactamente 24 horas. Como pasa a menudo con las obras de los artistas apropiacionistas, ni el artista ni la galería que divulgó la obra por primera vez, el “White Cube” de Londres, realizaron las gestiones para obtener las licencias para mostrar estos fragmentos⁵³⁹ El uso de fragmentos de obras audiovisuales ajenas en una instalación artística constituye el ejercicio del derecho de reproducción y de comunicación pública. Si no se ampara bajo un límite o excepción a los derechos de autor, este uso constituye una infracción de la Ley de Propiedad Intelectual. En este caso, los fragmentos audiovisuales utilizados pertenecen a titulares de procedencias diversas (podemos reconocer algunos titulares norteamericanos y otros europeos), de algunos fragmentos no se conoce el titular (son obras anónimas. Esta instalación artística se ha mostrado en instituciones tan variadas como la Tate Modern, la Biennial de Venecia, el Moma. Para poder exponer esta maravillosa obra sin la inseguridad jurídica de exponerse a una demanda, habría que dedicar una gran parte del presupuesto de producción a identificar quien es el titular de cada uno de los fragmentos utilizados y analizar cuáles son los límites aplicables en cada una de las jurisdicciones. Ya hemos visto que en las jurisdicciones cerradas para que la parodia sea aplicable tiene que “plasmarse una manifestación humorística o burlesca” (Deckmyn), que claramente no es el caso de “The Clock”. El límite de la cita (quotation) de las jurisdicciones de límites cerrados requiere un “diálogo con la obra copiada” (Pelham). Difícilmente será aplicable ninguno de estos dos límites en el caso de “The Clock”. El resultado de la aplicación del *fair use*, si la ley aplicable es la del *copyright* norteamericana dependerá de si el tribunal considera que estamos o no delante de un uso transformativo. La aplicación de la regla de los tres pasos (si obviemos el primero, que hace referencia a los límites existentes) será la más favorable en esta situación: Los usos de los fragmentos no atentan a la explotación normal de la obra y no causaran intereses legítimos al autor o titulares de derechos. Únicamente si fueran aplicables límites parecidos al “uso libre” del ya mencionado artículo 24: de *UrhG que dispone en su párrafo 1. Una obra autónoma que haya sido creada a partir del libre uso de*

⁵³⁹ HERMAN Alexander. “Ticking Away: Christian Marclay’s The Clock and Copyright” Institute of Art & Law blog, 12/09/2018 disponible en <https://ial.uk.com/marclay-clock/> (ultima consulta 1/12/20)

una obra ajena podrá ser publicada y explotada sin el consentimiento del autor de la obra utilizada podrían Christian MacClay y los museos que le programan exponer “The Clock”. Pero ya hemos visto que el TJUE declaró en *Pelham* que el art. 24.1 UrhG, en el que se establece un “derecho de uso libre” para la creación de obras derivadas, es incompatible con el Derecho de la Unión Europea, y que los estados no pueden ampliar las excepciones y limitaciones de los derechos exclusivos establecidos en el art. 5 DSI.

“The Clock” se ha expuesto en más de doce países y hasta ahora no ha trascendido ninguna demanda. Pero esto no significa que no exista un problema. La Tate tuvo la capacidad de contratar a los expertos necesarios para valorar la situación y minimizar riesgos antes de comprar la obra en 2012⁵⁴⁰. Otros museos y centros de artes visuales no tendrán esta posibilidad y no querrán correr el riesgo, o se producirán situaciones como la descrita en Artium, el museo de Vitoria que tuvo que cancelar la publicación de un catálogo ya producido y enfrentarse a una posible demanda por parte de Picasso Administration, a pesar de sostener (y no sin falta de razón) que la exposición de JR Amondarain se realizaba en un contexto de investigación y por lo tanto podría quedar amparado por el derecho a cita.

Que esta tipología de situaciones no llegue frecuentemente a los tribunales no significa que las instituciones que las apoyan no asuman un riesgo. A menudo las instituciones que apuestan por mostrar obras de artistas apropiacionistas se escudan introduciendo artículos en los contratos con estos mismos artistas eximiendo de responsabilidad a las instituciones en el caso que un tercero interponga una denuncia por uso no autorizado. Esta situación ocurre en contextos donde las instituciones son las productoras de la exposición, llegando hasta extremos absurdos en los que, por un lado, la nota de prensa reconoce abiertamente el proceso de apropiación de las obras (con lo cual la institución declara fehacientemente que tiene conocimiento del proceso apropiacionista i del uso de contenidos ajenos sin autorización) y por otro lado incluye cláusulas en el contrato en las que representa que el artista garantiza a la institución que él o ella es el autor original de todos los contenidos.

La inseguridad jurídica y la falta de armonización de los límites que permiten los usos a los artistas de contenidos ajenos y sus consecuencias han sido ampliamente subestimadas por el

⁵⁴⁰ <https://ial.uk.com/marclay-clock/>

legislador. La Ley de Propiedad Intelectual es cada vez menos la ley de los artistas y más la ley de la industria cultural. El interés del público a favor del derecho de libertad de expresión es fundamental y debería prevalecer por encima del derecho del titular de los derechos de la obra usada a ejercer sus derechos de propiedad intelectual, cuando estos usos no atentan a la explotación normal de la obra y no causaran intereses legítimos al autor o titulares de derechos.

CAPITULO 4. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. ¿UN MODELO EN CRISIS?**1. Introducción**

Hemos visto hasta aquí la problemática del difícil encaje de una gran parte de la creación contemporánea como objeto del derecho de autor: Por un lado, la legislación de propiedad intelectual no ofrece la seguridad jurídica para que los artistas puedan utilizar obras ajenas sin la autorización de sus titulares (ya sean obras artísticas, fragmentos de películas u otros tipos de contenidos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual), a pesar de ser una práctica muy extendida y normalizada en la creación contemporánea⁵⁴¹. Por otro lado, ciertas obras de arte contemporáneo importantísimas para la historia del arte, y concretamente el arte conceptual, no encajan dentro de la definición de “obra protegida” que garantiza a los autores la protección necesaria para obtener sus derechos exclusivos y morales, que es el “estímulo” que, como hemos visto, subyace en el espíritu de la Ley de Propiedad Intelectual que supuestamente incentiva a los autores a seguir creando.

La desconexión o falta de paralelismo entre la definición de “obra” que ofrecen el derecho de autor y el sector del arte puede que se encuentre en que lo importante para el arte ya no es que es una obra artística sino quien es un artista y si la obra se presenta en una galería, un museo o una biennial. Así lo hemos visto brevemente en el capítulo 1, del que destacamos las reflexiones de Arthur Danto en su ensayo “The Artworld” 1964 sobre si existe alguna diferencia entre las cajas de *Brillo Box* de Warhol y las cajas de *Brillo Box* que se encuentran en los supermercados. Las *Brillo Boxes* son seguramente las esculturas más famosas de Warhol. Se trata de replicas exactas en madera serigrafiada que replican exactamente las cajas de cartón de jabón Brillo lavavajillas. Si sustituimos en una exposición una de las Brillo Box de Warhol por una caja de jabón de las reales, de las que se venden en el supermercado, ¿cuál sería la diferencia? ¿Y si las sustituimos todas? Las reproducciones de la exposición y de

⁵⁴¹ En la última edición de la biennial de Manifesta, la Manifesta 12, que se celebró en 2018 en Palermo, abundan los vídeos que utilizan fragmentos de obras ajenas “apropiadas”. La genial instalación de Cristina Lucas, por ejemplo, es una obra que denuncia como el hombre solo tardó dos años en convertir su ancestral sueño de volar (que se hizo realidad en 1909) en una eficaz forma de matar. La obra utiliza fragmentos audiovisuales de bombardeos a civiles desde la primera vez que un avión se utilizó para tirar bombas en 1911 hasta la actualidad. La artista utiliza las fechas y detalles como número de víctimas de los bombardeos de varias bases de datos que se señalan en un vinilo. Las obras audiovisuales son “apropiadas” de varias fuentes.

la instalación generarán derechos de autor exclusivos para su autor, sean o no cajas de jabón o sus réplicas de madera serigrafiada. La *teoría institucional del arte*, más tarde desarrollada por Dickie, es que el arte es un sistema sin límites. Des de mitad del siglo XX el arte y la teoría que lo define se aleja de lo que pretende “su” ley: materialidad, originalidad, expresión propia de su autor.

El derecho de autor, como derecho del artista sobre sus obras, debería ser identificado por los artistas como “su” ley. Pero muchos artistas, especialmente de generaciones más jóvenes, no ejercen sus derechos, ni se asocian a las entidades de gestión.

La jurisprudencia sobre obras de arte contemporáneo como objeto de la propiedad intelectual es más bien escasa comparándola con las otras disciplinas como el “Sampling”, que podría considerarse el equivalente de la apropiación en el campo de la música. Tal como apunta Edouard Treppoz, el arte contemporáneo parece haber desarrollado sus propias reglas al margen de la ley de propiedad intelectual⁵⁴². A pesar ello, el arte contemporáneo es uno de los sectores de la creación contemporánea con una capacidad más importante de generación de riqueza en el mundo occidental, tanto a nivel privado, alrededor del coleccionismo y de las galerías, como a nivel público⁵⁴³.

Donde hay un museo hay conocimiento, y sobre todo hay excelencia, y, donde hay arte contemporáneo hay una mirada crítica a la realidad que debe ser protegida como libertad de expresión y como libertad de creación. Los artistas nos enseñan a mirar la realidad a través de su trabajo y su compromiso con la actualidad, y sin embargo no parecen contar con las mismas herramientas que los otros creadores: escritores, productores de audiovisuales, compositores que parecen tener menos problemas en cuanto a encajar su obra como supuesto de hecho en la propiedad intelectual.

⁵⁴² "Quelle(s) Protection(s) Juridiques pour l'Art Contemporain ?", op. cit., p. 54

⁵⁴³ ROBERTSON, Ian «Understanding Art Markets. Inside the world of art and business.» Routledge, Londres y Nueva York, 2016, p. 99. El sector del arte fue valorado en 2016 50 billones de dólares, lo que significa un incremento del 60% des de la crisis global.

¿A qué se debe entonces esta desconexión? ¿Como puede ser que el arte contemporáneo, siendo no solo uno de los motores económicos de las industrias creativas sino también una de las fuentes de libertad de expresión más importantes de la expresión del individuo, que encarna no solo esa libertad de expresión sino también la libertad de creación en una pluralidad de voces sea un objeto de tan difícil encaje en la Ley de Propiedad Intelectual que debería garantizar su protección y fomentar su desarrollo?

La constante evolución de la práctica artística y su cambiante formalización es patrimonio exclusivo de las artes visuales. El derecho tiende a ser estático su adaptación al objeto de su protección es compleja, lenta, e influenciada por los grupos de presión. La creación es fluida y cambiante, pero ¿es este un problema que se limita al arte contemporáneo, o es la Ley de Propiedad Intelectual que está alejándose de la transformación trascendental que está experimentando el conocimiento y la creatividad actual en sus variadas disciplinas?

La propiedad intelectual se ha adaptado al cambio fundamental del siglo XX del mundo analógico al digital (en 1996 las definiciones del tratado de la OMPI se adaptaron a la realidad digital). Pero la propiedad intelectual no se ha adaptado a las nuevas formas de creación.

En esta sección examinaré otros campos en los que parece que la Ley de Propiedad Intelectual no ha sabido dar respuesta a los cambios de paradigma que han ido apareciendo en las últimas décadas tensionando el objetivo original del derecho de autor. En segundo lugar, indicaré algunas de las organizaciones, iniciativas y propuestas que han ido apareciendo en los últimos años y que ponen en cuestión la ley de propiedad intelectual. Finalmente, analizaré las –más bien escasas- propuestas que el sector de las artes visuales ha hecho llegar al legislativo para adaptarse a los supuestos de hecho que nos ocupa.

2. El cambio de paradigma y el “user generated content” (ugc)

Como hemos visto en los capítulos anteriores, el Estatuto de Ane, aprobado por el Parlamento Británico en 1710, considerado tradicionalmente como la primera ley de propiedad intelectual, surgió para proteger los intereses de los editores de principios del s. XVIII y conciliarlos con los derechos de propiedad literaria que eran reconocidos por primera vez a sus autores. El primer texto de propiedad intelectual se creó, pues, para regular **acuerdos**

entre profesionales: El autor del texto y su editor. Legislaciones parecidas fueron promulgadas en la Francia de finales del siglo XVIII en España⁵⁴⁴.

Este fue el espíritu de la Ley de Propiedad Intelectual en sus inicios: regular las relaciones entre profesionales para, a través de las licencias, poder sacar provecho de contenidos originales, artísticos, científicos o literarios que perdían valor de mercado al poder reproducirse indefinidamente. El espíritu de estas licencias entre escritores y editores es el mismo sobre el que se han sustentado las normas que rigen las relaciones entre otros autores profesionales como productores, cadenas de televisión y demás. Solo en los años recientes el derecho de autor se ha aplicado también a usuarios individuales y no profesionales: A partir de finales de la década de los noventa, con el uso generalizado de las nuevas tecnologías y la creciente importancia del mundo digital se agudizó la tensión entre los titulares de derechos y los usuarios (pasivos) de sus obras, basándose en el argumento de que la balanza entre el monopolio de la propiedad intelectual y los derechos fundamentales había perdido su equilibrio⁵⁴⁵.

La propiedad intelectual fue creada para contrarrestar “amenazas” concretas como el poder ilimitado de reproducir un texto en una imprenta, y para organizar el mercado a través de las licencias. El mercado contaba con las licencias como herramienta apropiada para establecer a quien correspondían los derechos y el equilibrio funcionaba correctamente. En sistemas colectivos de licencias para usuarios de contenidos, el equilibrio funciona porque el usuario puede obtener el permiso para el uso de muchas obras suscribiendo un solo contrato a cambio de una tarifa⁵⁴⁶..

⁵⁴⁴ En España, una Real Orden de Carlos III en 1764 promulgaba: “que de aquí en adelante no se conceda a nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro sino al mismo autor que lo haya compuesto” y Francia la propiedad literaria de los autores sobre sus obras fue reconocida en 1793

⁵⁴⁵ Un ejemplo de ello son los juicios de descargas ilegales fueron que interpuestos por las discográficas a particulares en la primera década del año 2000

⁵⁴⁶ En la actualidad este tipo de licencias son las que utilizan servicios como Spotify, Netflix o Filmin, y se encargan de gestionar los derechos de explotación, concretamente copia y comunicación pública, para que el cliente o usuario pueda disfrutar de oír música o ver una película.

Pero los sistemas colectivos de licencias encajan en este modelo para usos que no alteran la obra original, no para los usos que crean obras derivadas que resultan de modificar una obra precedente.

Si el usuario copia una obra protegida para introducirla en una obra que él mismo ha creado ya sea transformándola o sin hacerlo, este tipo de licencias no es adecuado. Centenares de millones de usuarios de internet alteran y transforman contenido protegido por derechos de autor y crean “obras” que reúnen todos los requisitos para ser consideradas obras según la ley de propiedad intelectual, aunque sin la autorización pertinente de transformación del titular de la obra que transforman.

Este fenómeno ha sido llamado “User generated content” o UGC, y presenta ciertas similitudes con el arte apropiacionista, con la diferencia de que principalmente su creación ocurre en un ámbito “amateur”, no profesional. Tanto el autor de UGC como el artista apropiacionista ejercen derechos exclusivos del titular de la obra apropiada sin autorización del titular de contenidos, pero su finalidad y su pretensión es diferente. Los artistas apropiacionistas utilizan obras de titularidad ajena como material creativo para llevar a cabo sus creaciones y realizar sus obras que después exponen en galerías o en instituciones, ponen a disposición del público en la red, venden a coleccionistas en ferias, incluyen en sus catálogos razonados. Podríamos decir que el objetivo final del artista, si es que pretende vivir de su trabajo, puede implicar un ánimo de lucro. El autor de UGC no tendrá esa pretensión: El UGC es una obra que el usuario de internet ha realizado utilizando otra obra (esto es, ejerciendo por lo menos dos de sus derechos exclusivos, la copia y la comunicación pública) y que pone a disposición del público en internet a través de plataformas como Youtube, Wikipedia, Facebook, Twitter o Instagram, normalmente sin más pretensión que comunicarse con amigos conseguir muchos “likes”.

El UGC se crea mayoritariamente usando herramientas específicas al ámbito digital, y sin embargo el artista apropiacionista puede copiar las “obras prestadas” de internet o de cualquier otro ámbito. Pero en los dos casos, tanto si nos encontramos delante de un uso por parte de un artista (profesional) como por parte de un “amateur”, la obra resultante suele contener la suficiente “altura creativa” para ser considerada una “obra”. La motivación de la creación de estas obras suele estar conectada a una voluntad de expresión en ambos casos.

Tanto el UGC amateur como el artista apropiacionista ejercerán al menos dos de los derechos exclusivos del titular –copia y comunicación pública, cuando no copia, comunicación pública y transformación, y siempre sin autorización de su titular- este uso no autorizado es particularmente sensible a la infracción⁵⁴⁷. En todas las jurisdicciones el derecho de copiar y de crear obra derivada es un derecho exclusivo del titular de derechos⁵⁴⁸.

Algunos autores proponen dividir el UGC en tres tipos de obras: (1) Las que son creadas exclusivamente por el usuario (2) las que crean obras derivadas basadas en trabajos de terceros, como los *Sweded*, y (3) las que el usuario crea solamente copiando material pre-existente⁵⁴⁹.

Los *Sweded* son un buen ejemplo de UGC y presentan exactamente la misma problemática que el arte apropiacionista, pero sin un objetivo profesional: Se trata de obras audiovisuales *amateur* que recrean películas famosas utilizando recursos muy limitados. Los *Sweded* raramente duran más de 5 minutos, y están hechos a título de homenaje o de comentario. Un análisis jurídico de los *Sweded* nos lleva a la conclusión de que son indiscutiblemente obras derivadas creadas que ejercen el derecho exclusivo de la transformación del titular de la obra original sin pedir permiso. ⁵⁵⁰.

Tomemos por ejemplo un vídeo *Sweded* del *tryler* de “Starwars”⁵⁵¹. Se trata de un vídeo en que actores *amateurs* imitan a los protagonistas de la saga, rodeados de naves y de robots de cartón y con una banda sonora cantada “a capela” que emula la más que célebre melodía de

⁵⁴⁷ Maria Lill.A Montagnani, A New Interface Between Copyright Law And Technology: How User-Generated Content Will Shape The Future Of Online Distribution, 26 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 719, 769 (2009)

⁵⁴⁸ En la ley de Copyright de Estados Unidos el derecho de transformación se regula en el 17.U.S.C sec. 106(2). En el TRLPI, el derecho de transformación se regula en el cap. 21

⁵⁴⁹ GEVAIS, Daniel. “The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content” Vanderbilt Journal of Ent. And Tech. Law, Vol 11, 2009, p. 859

⁵⁵⁰ La plataforma donde se ponen a disposición del público los *Sweded* es YouTube. Una búsqueda por “*Sweded* Films” nos puede dar una idea de ello. https://www.youtube.com/results?search_query=sweded+films (ultima consulta 1/12/20)

⁵⁵¹ “Star Wars: The Force Awakens trailer” es uno de tantos ejemplos que podemos encontrar de este tipo <https://www.youtube.com/watch?v=4fDIP1vI2A> (ultima consulta 1/12/20)

Starwars. Este vídeo, aun siendo sin ningún tipo de dudas una obra derivada de Starwars, podría ser claramente considerado una parodia, tanto aplicando el análisis *fair use* como aplicando la Ley de Propiedad Intelectual Española. Sin embargo, otro tipo de vídeo como el Sweded de Selena Gomez “Good for You” es un ejercicio de copia del vídeo original de la cantante con una actriz que imita casi a la perfección los movimientos y coreografías de la cantante en su videoclip. El audio es exactamente el de la canción original⁵⁵².

Esta obra podría que llegara a pasar el filtro del “fair use” sobretodo, pero seguro que no encuentra un límite en las legislaciones de limites cerrados en el que ampararse.

Recordemos brevemente los cuatro factores necesarios para que el ejercicio de los derechos exclusivos de una obra no sea considerada una infracción no autorizada y se considere *fair use*: (1)el propósito o carácter del uso, incluyendo si este uso es de naturaleza comercial o si es sin afán de lucro o con finalidades educativas (2) la naturaleza de la obra copiada (3) la cantidad y sustancialidad del fragmento usado en relación a la totalidad de la obra (4) el efecto del uso en el mercado potencial o el efecto en el valor de la obra protegida.

En la mayoría de casos, y teniendo en cuenta la jurisprudencia reciente que ya ha sido comentada anteriormente, el primer factor será considerado a favor del copista, porque el uso será *transformativo* y sin afán de lucro. El segundo factor se decantará en contra del copista, ya que las obras copiadas suelen ser de gran contenido creativo, como es el caso de las películas en los *Sweded films*. El tercer factor dependerá de la obra en concreto y estará sujeto a la casuística de cada caso. El cuarto factor, sin lugar a dudas, se decantará a favor del copista ya que por ser amateur el USG no interfiere de ninguna manera en el mercado de la obra copiada, más bien al contrario: Salvo contadas excepciones el UGC es un acto de homenaje o veneración a la obra copiada.

Daniel Gervais, en su artículo “The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content”; sugiere que el *fair use* solo protege obras derivadas que el titular no

⁵⁵² Sweded Selena Gomez - Good For You es una copia exacta en la que una chica interpreta exactamente las escenas de la popular cantante. los dos vídeos (el original y el Sweded) pueden verse al mismo tiempo en pantalla <https://www.youtube.com/watch?v=GSZnbfISDPU>

tiene previsto explotar, y que este análisis, lejos de ser subjetivo, se fija en el servicio en cuestión es o no habitual explotar este tipo de mercado⁵⁵³. En el caso de los *Sweded*, es arriesgado hacer cualquier tipo de previsión: En la medida que este tipo de contenidos se va popularizando entre los usuarios de internet, grandes compañías como MTV encuentran maneras de explotar este tipo de contenidos, como el canal “MTV video Swede”, indudablemente concebido con ánimo de lucro.

Mas difícil lo tienen los creadores de UGC para defender el uso de las obras utilizadas sin el permiso de su titular en los sistemas cerrados. El UGC no tiene ningún límite en el que ampararse. Ni la parodia ni la crítica, que son los únicos límites a los que podría acogerse el UGC parecen poder proveer al copista generador de UGC de las garantías jurídicas suficientemente sólidas para poder ejercer sus derechos de libertad de expresión y de creación.

La defensa contra estos actos exclusivos de explotación suele tener mejor encaje en el sistema anglosajón de *fair use* que en los sistemas de límites cerrados de Europa continental.

Estamos, pues, una vez más, en un terreno en que la inseguridad jurídica puede llegar a funcionar como un factor disuasorio para el ejercicio de la libertad de expresión ya sea en el campo amateur como en el de la creación artística.

En definitiva, la ley de derechos de autor se basa en la concesión de licencias o permisos de uso, y estas licencias fueron concebidas pensando en transacciones entre profesionales. En consecuencia, los límites que la ley establece para poder ejercer los derechos exclusivos de los titulares también fueron pensadas principalmente para profesionales. Los límites “sustantivos” (dejando de lado los límites temporales) en la legislación española dedican el primer artículo a usuarios individuales (artículo 31TRLPI reproducciones provisionales y copia privada). También la segunda parte del Art 31 bis, reconociendo el derecho a modificar las obras (ejercer el derecho de transformación) para personas con discapacidades. El art. 35 (obras situadas en vías públicas, o el derecho a “panorama”, dirigido tanto a personas jurídicas como a personas físicas, y el artículo 39, *Parodia*, reconociendo el derecho a parodiar, esencial para la libertad de expresión. El resto de artículos se dirigen a

⁵⁵³ “The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content”, Op. Cit p.865

organizaciones o usos profesionales: Artículo 31 bis, procedimientos oficiales y Art 32, citas, concebidas para el ámbito académico, y press-clipping. Art 33: Trabajos de actualidad para los medios de comunicación. Art 34: Bases de datos; límite concebido para los desarrolladores de este tipo de servicio. Art 35: Informaciones de actualidad (de nuevo, medios de comunicación) y obra pública. Art 36 *Cable, satélite y grabaciones técnicas* para facilitar las transmisiones a las entidades de radiodifusión. Art 37 *Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos*, límite dirigido a las entidades culturales, museos, archivos y demás instituciones, un art 37 bis dedicado expresamente a las obras huérfanas.

El título III del TRLPI dedicado a los límites se cierra con dos artículos, el 40 *tutela del derecho de acceso a la cultura*, que permite a los jueces intervenir cuando después del fallecimiento de un autor sus derechohabientes impiden la divulgación de la obra contraviniendo el art 44 de la Constitución (el derecho a la cultura, y la obligación de los poderes públicos de promover y tutelar el acceso a la cultura) y 41 *Disposición común a todas las del presente Capítulo*, que nos recuerda que todos los artículos deben aplicarse teniendo en cuenta la regla de los tres pasos, que ya ha sido desarrollada en el capítulo anterior.

La consecuencia es clara: Ni el artista apropiacionista (a pesar de ser un profesional) se puede amparar en ninguno de estos artículos ni tampoco el creador de UGC, que no queda protegido por el art 31 (copia privada) ya que el uso de la obra no es pasivo sino activo.

Lawrence Lessig, en su ya célebre libro *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy* subraya la contradicción entre la gran cantidad de actos de apropiación y reelaboración en internet (lo que él llama “remix culture”, UGC es un término más reciente), y la facilidad con la que se pueden llevar a cabo estos actos de apropiación y re-creación, a pesar de la rigidez de las leyes de derecho de autor que no permiten estos tipos de usos⁵⁵⁴. Lessig argumenta que la Ley de Propiedad Intelectual está anticuada para los *media* de ámbito digital, ya que cada vez que un amateur utiliza una obra que encuentra en internet con

⁵⁵⁴ Lawrence Lessig es un académico Norte Americano, abogado, y activista político. Profesor en Harvard Law School y ex-director del Edmond J. Safra Center for Ethics de la Universidad de Harvard. Lessig es uno de los creadores de las licencias Creative Commons.

finalidades creativas, está sujeto a las mismas normas que se esperan de un usuario profesional para el que se requeriría una licencia⁵⁵⁵. Lessig argumenta también que la manipulación de los contenidos digitales son la nueva forma de alfabetización y que las nuevas generaciones no van a comprender nunca que “remixing” (terminología utilizada por Lessig para referirse al UGC) sea ilegal. Lessig insiste que la apropiación *amateur* en la era digital no se puede impedir, y mucho menos criminalizar, y que intentar convencer a estas nuevas generaciones que lo que están haciendo de manera tan natural es “ilegal” puede llegar a tener implicaciones en la sociedad mucho más negativas que los perjuicios que esto pueda ocasionar a los titulares de los derechos de autor.

El caso de los *sampling* o *remix* también puede proporcionar algún tipo de guía sobre el devenir jurídico de la apropiación artística en el campo de las artes visuales. El *sampling* se produce tanto en ámbito *amateur* como en ejercicio de una actividad profesional. Como sucede en casos de apropiacionismo en las artes visuales, la jurisprudencia sobre el *Sampling* es más extensa en los Estados Unidos que en Europa. El *Sampling* es el acto de incluir un fragmento de una grabación de una canción en otra canción. El HipHop y luego el Rap fueron los estilos de música que hicieron popular el *Sampling*, que a partir de la década 70 se convirtió en una práctica muy habitual entre los DJ de todo el mundo.

Uno de los casos más célebres es el *Upright Music Ltd v. Warner Bros. Records (1991)*, en el que el rapero Biz Markie había incluido sin permiso una parte de la letra la canción de Gilvert O’Sullivan “Alone Again”. Esta sentencia lanzó un claro mensaje a la industria de la música: El *sampling* no está permitido sin el permiso del titular de los derechos de autor. La casuística del *sampling* es compleja y el análisis de su casuística y jurisprudencia relacionada escapan de los objetivos de esta investigación. Basta con recordar el caso del TJUE *Pelham v. Hutter*, en el que un productor había emprendido acciones judiciales en los tribunales alemanes para denunciar la copia no autorizada de dos segundos de un fonograma en un *sampling*, que llevó al TJUE decidir que las normas de la DSI (Directiva Sociedad de la Información) no permiten a los estados margen de maniobra para incorporar límites al derecho nacional.

⁵⁵⁵ LESSIG, L *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy* by, New York, Penguin, 2008, pp 55 y ss.

Pero la realidad es que es difícil establecer analogías entre la disciplina de la música y la de las artes visuales. La explotación de la música se ejerce a través de las productoras, y no existe en el caso de las artes visuales una industria cultural que base su modelo de negocio en la explotación de derechos de autor. Las galerías, la industria cultural que funciona como tejido comercial y que apoya y difunde la obra de los artistas, basa su modelo de negocio en la venta de la obra única, del “corpus mechanicum” y no del “corpus mysticum” sobre el que recae el derecho de autor.

3. Los usos tolerados pero infractores

Uno de los hechos más llamativos del derecho de autor es, en efecto, el gran número de infracciones que no son perseguidas por el titular de los derechos.

Esto es un hecho especialmente relevante en el caso de las artes visuales, en el que las muchas copias de artistas que copian o se apropian de la obra de otros artistas no parecen haber dado lugar a muchas controversias judiciales. La libertad de copiar, como apunta Treppoz, se erige así como una regla autónoma del arte contemporáneo⁵⁵⁶. Mas frecuentes son las denuncias de fotógrafos que recurren a los tribunales para defenderse de obras copiadas sin permiso, como hemos visto en los casos analizados: El póster “Hope” que copiaba la fotografía del presidente de Obama de American Associate Press, de la pintura “a Beligan Politician” que Luc Tuymans copió de una fotografía de Van Giel, la fotografía de Rauschenberg, Blanche v Koons, Rogers v Koons, Cariou v Prince, el Molov Man que Joy Garnett creó a partir de una foto de Susan Meiselas. Es llamativo que solo tenemos una sentencia relevante en la que sucedió al revés: una fotógrafa, Bettina Reims, apropiándose de la instalación artística de Jakob Gautel “Paradis”.

La fotografía y el arte contemporáneo son disciplinas con concepciones muy diversas. La fotografía, sobre todo cuando es documental o de publicidad suele considerada una disciplina diferente al mundo del arte contemporáneo.

⁵⁵⁶ "Quelle(s) Protection(s) Juridiques pour l'Art Contemporain ?", op. cit., p. 54

Una de las características más llamativas de la Ley de Propiedad Intelectual es que no existe una distinción entre usos lucrativos y no lucrativos. En los sistemas de límites cerrados no existe ni una referencia a los usos no lucrativos como paliativo de responsabilidad del uso de obras protegidas sin permiso del titular, y en el sistema del fair use *el efecto del uso en el mercado potencial o el efecto en el valor de la obra protegida* es solo el último de cuatro factores que deben tenerse en cuenta y no es determinante por sí solo.

A los usuarios de internet que crean contenido propio usando las obras de terceros sin pedir permiso a su titular (aunque sean obras a las que hayan tenido acceso y queden protegidos por el derecho de copia privada) y que suben sus creaciones a plataformas como Youtube o Instagram se les aplica los mismos requisitos que a los profesionales.

El resultado de que no aplicar esta distinción entre usos con y sin afán de lucro es que existen una cantidad tan grande de usos infractores y no perseguidos que la sociedad no percibe como “ilegales” que perjudican la percepción social de todo conjunto de reglas de la Ley de Propiedad Intelectual mermando las partes de la normativa que si pueden ser beneficiosas para el conjunto de la sociedad.

La Ley de Propiedad Intelectual, en efecto está basada en restringir actos, en conferir derechos exclusivos (copia, distribución, comunicación pública, transformación) al titular de derechos que este puede prohibir o autorizar a través de una licencia. Pero a pesar de los drásticos cambios que hemos vivido en las últimas décadas con la irrupción de la llamada “sociedad de la información” la legislación no ha centrado la atención en categorizar a los tipos de usuarios, ni tampoco si los usos son con ánimo de lucro o no: La infracción de propiedad intelectual se produce a pesar de no haber un daño cuantificable al titular de la obra usada sin el permiso pertinente. La situación actual es que existen una infinidad de usos “tolerados” de obras protegidas de las que se ejercen los derechos exclusivos de explotación sin autorización de su titular y sin la certeza de estar amparados en alguno de los límites de los Sistemas de Límites cerrados o bajo el sistema del Fair Use.

Es evidente que no se puede pretender que el correcto equilibrio en la Ley de Propiedad Intelectual recaiga únicamente en un sistema de licencias y autorizaciones. Es indispensable reformar el sistema de límites, tanto del *fair use* como de los sistemas cerrados, para dar

cobijo a este tipo de expresiones que no causan un daño al titular de la obra que es utilizada sin autorización cuando estos usos no autorizados se utilizan con finalidades creativas.

La “web participativa”, o Web 2.0 que empodera a los usuarios a desarrollar, colaborar y distribuir contenido y a transformar las aplicaciones de internet que antes eran rígidas e intransportables conlleva sin ningún tipo de duda una de las tensiones más fuertes tensiones en el sistema de los derechos de autor.

Tim Wu, en su artículo “Tolerated Use” expone que existen varias razones por las que un titular de derechos puede “tolerar” el uso no autorizado de su material: Estas razones van de la simple dejadez a los costes de la implementación de los derechos, o hasta la misma idea que el uso no autorizado beneficia de alguna manera al titular de derechos (puede ser este el caso del vídeo *Sweded* de *Starwars* comentado más arriba)⁵⁵⁷. Es evidente, en todo caso, que una de las razones que provocan un desacuerdo sobre las bondades de la Ley la de Propiedad Intelectual entre sus usuarios es que el derecho de autor ha empezado a tratar al consumidor ultimo creador de contenido sin afán de lucro como un profesional y se le han aplicado las mismas leyes y creando una gran incertidumbre sobre el alcance de los límites y en consecuencia una gran inseguridad jurídica al creador de UGC, que independientemente de su conocimiento de las normas, a pesar de “intuir” que su comportamiento es ilegal, se encuentra con una cantidad ingente de obras protegidas por derechos de autor que puede ser visionadas en plataformas como *Youtube* sin problema ninguno.

EL UGC y las consecuencias de su uso no autorizado todavía es una incertidumbre que tarde o temprano la jurisprudencia tendrá que resolver, y que no tiene nada que ver ni se debe confundir con la totalmente lícita lucha contra la piratería, es decir, la descarga de contenidos en webs ilegales para el visionado de un usuario pasivo. Estará en manos de la jurisprudencia resolver si este tipo de casuística entra o no dentro del “fair use” o de los límites de los sistemas cerrados.

⁵⁵⁷ (WU, Tim “Tolerated Use” Columbia Journal of Law and The Arts, Vol 31 2008, p 619, disponible en https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1534/#:~:text=Tolerated%20use%20is%20a%20term,tolerated%20use%20of%20copyrighted%20works. (ultima consulta 1/12/20)

4. La proliferación de organizaciones y entidades internacionales que abogan por una reforma de los derechos de autor

El UGC no es ni mucho menos el único debate que se ha generado alrededor de los límites de derecho de autor y su aplicación en internet. El actual modelo de la Ley de Propiedad Intelectual está siendo cuestionado desde muchos frentes. La transición de lo analógico a lo digital no ha sido pacífica, dando lugar a un sinnúmero de críticas que defienden que valores fundamentales como libertad de expresión y de información y también el derecho de educación, se encuentran vulnerados en la ponderación de derechos a favor del derecho de autor que ha ido creciendo desmesuradamente a favor de la industria y en contra de la cultura. En la mayoría de los casos el debate se centra en la ponderación entre el ejercicio de los derechos fundamentales y el derecho del autor o del titular de derechos de propiedad intelectual a poder restringir sus derechos exclusivos de copia, distribución, comunicación pública o transformación.

Son muchas las organizaciones que intentan convencer las políticas públicas de la excesiva protección de la propiedad intelectual que estrecha los límites que permiten a terceros (particulares o profesionales) utilizar las obras para crear nuevos contenidos sin tener que pedir la autorización a sus titulares. Algunos de estos grupos han surgido de intereses muy concretos, pero en general, a pesar de haber conseguido en la mayoría de los casos sensibilizar la opinión pública, no han conseguido los cambios legislativos que pretendían.

Muchos de estos grupos se organizaron durante la compleja y controvertida negociación de la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (Directiva CDSM). Esta directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital tiene el objetivo de armonizar varios aspectos del Mercado Digital Europeo, convirtiéndose en el nuevo pilar que debe garantizar el equilibrio entre la protección de los titulares de derechos de autor en el ámbito digital y la garantía de los derechos fundamentales. Esta directiva forma parte de una serie de medidas prometidas por la Comisión Europea que responden a la digitalización de la economía mundial, en la que internet se ha convertido en el fundamento de los sistemas económicos actuales. Uno de los objetivos de las medidas propuestas por Jean-Claude Juncker era de “incrementar la seguridad jurídica para que los investigadores y las instituciones educativas hagan mayor uso de

material protegido por derechos de propiedad intelectual”, es decir, asegurar que los límites que protegen derechos fundamentales de interés público⁵⁵⁸. Una de los principales objetivos de la directiva es dar un paso significativo hacia la mejora de la remuneración equitativa de autores y artistas intérpretes o ejecutantes en toda la UE, estableciendo un conjunto de principios obligatorios armonizados y de derechos para fortalecer su posición contractual⁵⁵⁹. El texto de la directiva crea también nuevas oportunidades para las instituciones que salvaguardan el patrimonio cultural cuando se encuentra en el dominio público, incluyendo la siguiente disposición: *Artículo 14 Obras de arte visual de dominio público. Los Estados miembros dispondrán que, cuando haya expirado el plazo de protección de una obra de arte visual, cualquier material resultante de un acto de reproducción de dicha obra no esté sujeto a derechos de autor o derechos afines, a menos que el material resultante de dicho acto de reproducción sea original en la medida en que sea una creación intelectual de su autor.*

La Propuesta de Directiva se presentó en la Comisión Europea el septiembre del 2016 a petición del Parlamento Europeo⁵⁶⁰. El artículo más polémico de esta propuesta y el que más afectaba directamente al objeto de esta investigación era el Artículo 13, ahora convertido en Art. 17. El objetivo de este artículo es reducir la cantidad de contenidos protegidos no autorizados en la red por las grandes plataformas, y aunque se especifica que no impone “La aplicación del presente artículo no dará lugar a ninguna obligación general de supervisión” (art. 17.8), es previsible que muchos de estos servicios utilizarán sistemas de escaneo de contenido para poder cumplir con las obligaciones impuestas en la directiva. Estos filtros de

⁵⁵⁸ En la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa* del 6 de Mayo de 2015, Jean Claude-Juncker afirma: “Se evaluará la necesidad de incrementar la seguridad jurídica para que los investigadores y las instituciones educativas hagan mayor uso de material protegido por derechos de propiedad intelectual, incluso a través de las fronteras, de forma que puedan aprovechar el potencial de estas tecnologías y la colaboración transfronteriza, así como todas las partes de las propuestas sobre derechos de propiedad intelectual a la luz de su impacto en el conjunto de las partes interesadas”.

⁵⁵⁹ XALABARDER, Raquel. «The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art.18 Copyright in the Digital Single Market Directive... InDret, [en línea], 2020, Núm. 4, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/375587> (última consulta 1/12/2020).

control de obras protegidas por el derecho de autor, si se aplican, pondrán en un frágil equilibrio los límites y excepciones al derecho de autor basados en los derechos fundamentales. La consecuencia de la aplicación de este precepto, según muchas de las organizaciones que han cuestionado su redacción, es la limitación de la libertad de expresión de los usuarios de internet sobre el UGC del que he hablado más arriba. Sin duda un largo e interesante debate que podremos seguir cuando se complete su implementación.

Igual que cualquier otro ámbito, los artistas están invadiendo y utilizando internet tanto como “material creativo” como para utilizarlo como plataforma de difusión de su trabajo. El UGC de plataformas como Twitter o Wikipedia o Youtube quedaría seriamente comprometido si se utilizan filtros de contenidos, de manera que los servicios de internet tendrían la obligación de asegurarse que ningún usuario de estas plataformas incorporara a los contenidos que “sube” a la red ningún tipo de “obra” protegida por la ley de propiedad intelectual. Esto podría impedir usos de internet que irían desde el mismo Wikipedia a un vídeo “casero” subido a youtube en el que un bebé baila al ritmo de una canción de Prince, pasando por un vídeo de un visitante de la Biennial de Venecia mostrando las obras que más le han interesado de su visita, y por su puesto de la reproducción de la canción de Selena Gómez “Good for You” en el vídeo *Sweded* que he comentado más arriba.

Este polémico artículo ha sido criticado por un sinnúmero de organizaciones. Desde la carta firmada por 50 organizaciones en 2017 a favor de su modificación⁵⁶¹, hasta la profunda preocupación de los académicos⁵⁶², la preocupación sobre los efectos de este artículo es mayúscula entre los sectores que defienden el derecho fundamental de la libertad de expresión.

En definitiva, el problema surge cuando el legislador parte de la premisa de que todos los usos no autorizados de obras protegidas por derechos de autor causan un perjuicio a los titulares

⁵⁶¹Carta abierta de octubre del 2017 dirigida a la Comisión Europea firmada por 57 organizaciones de defensa de los derechos fundamentales <https://www.liberties.eu/en/news/delete-article-thirteen-open-letter/13194>

⁵⁶² Carmichael, L., Stalla-Bourdillon, S., & Staab, S. (2016). “Data mining and automated discrimination: a mixed legal/technical perspective. *IEEE Intelligent Systems*, 31(6), 51-55.

de derechos, convirtiendo la ley de derechos de autor en una normativa abusiva e inflexible mitigada por su general incumplimiento.

Los artistas, como el resto de los usuarios de internet, estarán afectados por la posible implementación de este precepto, viendo afectada no solo su libertad de expresión si no también su libertad de creación. Sin embargo, el énfasis de los críticos a esta normativa se centra en la educación y en el uso amateur del UGC y no se nombra la creación artística como un supuesto que merezca también la misma seguridad jurídica que la educación y la investigación.

Cabe mencionar dos de los grupos de presión internacionales a favor de la libertad de expresión como ejemplos de estas organizaciones. En Europa la más activa es COMMUNIA una asociación con sede en Bélgica formada por activistas, académicos investigadores y juristas de 10 países diferentes de la Unión Europea⁵⁶³. La misión de Communia es promover el acceso al dominio público. Communia se creó auspiciada por el Proyecto *Communia Thematic Network* de la Comisión Europea, que lanzó el “Public Domain Manifesto”, un manifiesto que promulgaba la necesidad de la expansión del dominio público y que fue firmado por más de 50 miembros. El “Public Domain Manifesto” manifestaba su desacuerdo con los cambios legislativos en materia de derecho de autor que comportaron una sucesiva reducción del dominio público, y proclamaba su importancia en un mundo en el que gracias a internet la cultura puede ser accesible y redistribuida con una eficacia que no se conocía hasta ahora⁵⁶⁴.


Communia advoca a favor de facilitar el acceso a la cultura y al conocimiento reduciendo el alcance a los derechos exclusivos del autor. Communia no es una plataforma que advoca “contra” los derechos de autor, sino que sugiere que no debe haber restricciones innecesarias en su acceso y su uso. Sus estudios y rigurosos análisis exhaustivo y comparativo de los límites de los sistemas cerrados de ámbito europeo son de gran ayuda para los investigadores en este campo

Al otro lado del Atlántico, Electronic Frontier Foundation (EFF) es una organización norteamericana sin afán de lucro que defiende las llamadas “libertades civiles” en el ámbito digital.

⁵⁶³ Ver la web de Communia en www.communia-association.org

⁵⁶⁴ <https://publicdomainmanifesto.org/home.html>

EFF fue fundada en 1990 y abogan por un internet que proteja la privacidad, la libertad de expresión, la innovación. EFF interviene como “amicus curiae” en casos que afectan los derechos de autor, la tecnología y el desarrollo. EFF está formada por activistas, juristas u aboga por una internet que apoye las tecnologías que defienden la libertad de expresión.



CAPITULO 5. CONCLUSIONES

1. La desconexión entre la normativa y el arte contemporáneo.

Después de este recorrido por la problemática de encaje del arte contemporáneo y los derechos de autor, de la breve observación de situaciones análogas o similares y de la constatación que el objetivo de la Ley de Propiedad Intelectual no siempre se cumple en la aplicación del arte contemporáneo como objeto de la Ley de Propiedad Intelectual, llegamos a la primera conclusión: Es probable que el legislador no haya prestado atención a la realidad del arte contemporáneo como un valor a proteger. Las razones de esta desconexión quizás habría que buscarlas en el desconocimiento sobre la realidad del arte contemporáneo actual, o en que los grupos de presión (tanto los favorables a los derechos de autor, como entidades de gestión) como los favorables a defensa de la libertad de expresión (como Communia o Electronic Free Foundation) no han hecho una defensa eficaz de sus pretensiones, y esto es así porque una parte de los artistas contemporáneos cada vez identifican menos la Ley de Propiedad Intelectual como “su” ley.

2. La inseguridad jurídica de los límites para artistas e instituciones

Una de las principales razones de esta desconexión habría que buscarlas en la inseguridad jurídica que genera a los artistas el uso de contenido ajeno. Como hemos visto, en muchos casos ni el *fair use* ni las excepciones en el sistema de límites cerrado permiten a los artistas ejercer su libertad creativa incorporando contenido ajeno, aunque este material cumpla los dos últimos requisitos de la regla de los tres pasos: no atentar a la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio a los intereses legítimos del autor o titulares de derechos de los contenidos utilizados.

Las excepciones a la Ley de Propiedad Intelectual de las jurisdicciones con un sistema cerrado de límites son demasiado rígidas y las posibles defensas no encajan ni en la parodia (plasmarse una manifestación humorística o burlesca” como vimos en el TJUE en *Deckmyn*), ni en la cita (“diálogo con la obra copiada” en *Pelham*). Los intentos de las jurisdicciones nacionales de establecer límites como el alemán art 24.1 UrhG, en el que se establece un “derecho libre” para la creación de obras derivadas es incierto, ya que la lista de excepciones y limitaciones del artículo 5 de la Directiva 2001/29 es una lista cerrada.

El sistema del fair use no es efectivo para las artes visuales, porque la disparidad entre las sentencias solo contribuye a la inseguridad jurídica de los artistas. Esta impredecibilidad ha llevado a algunas iniciativas como el *Code of Best Practices* a establecer un consenso entre el sector para informar al poder legislativo y judicial de lo que el sector del arte, generador de contenidos y a la vez usuario de obras ajenas, considera buenas prácticas y por lo tanto debería ser considerado *fair use*. A lo largo de estas páginas ya hemos visto que la incorporación de obras ajenas en las propias obras como material creativo, el arte apropiacionista, es una práctica muy común y extendida como lenguaje y recurso artístico. El Fair Use se concibió para atender a una multiplicidad de supuestos de hecho, pero su uso jurisprudencial ha hecho que pierda su objetivo original y su coherencia. Como vimos en el artículo "Toward a Fair Use Standard" en lugar de ser indicadores objetivos, los tribunales emiten un juicio subjetivo y manipulan los factores para dar el resultado perseguido.

La creación es un impulso inherente en el ser humano, que creará con independencia o no de que exista la Ley de Propiedad Intelectual y de la fragilidad o incertidumbre de sus limitaciones. Los artistas raramente se reprimirán y dejarán de incorporar obras de terceros en sus trabajos por inseguridad jurídica. En una situación diferente y más vulnerable se encuentran los museos e instituciones que, dependiendo de sus asesores legales, estarán más o menos dispuestos a asumir el riesgo de que titulares de derechos como Picasso Administration interponga una demanda. Pocos centros como Artium estarán dispuestos a asumir las consecuencias de programar exposiciones como "Tiempo y Urgencia", a pesar del conocimiento de sus órganos de gobierno que la exposición de JR Amondarain se realizaba en un contexto de investigación y por lo tanto podría quedar amparado por el derecho a cita. En España solo podemos citar con fines docentes o de investigación, pero una exposición en un museo, al parecer, no cumple los requisitos de "investigación".

Esta situación, como ya hemos mencionado también en páginas anteriores, llevará a muchas instituciones debidamente asesoradas a introducir cláusulas en el contrato de producción o exhibición de obra que firma el artista en las que éste declara que él o ella es el autor original de todos los contenidos y exime de responsabilidad a la institución frente a una eventual denuncia. Y, al mismo tiempo, el departamento de comunicación de la misma institución reconocerá abiertamente la genialidad del artista en su proceso de apropiación de las obras y del uso de contenidos ajenos sin autorización. Quizás en prácticas como esta, muy

extendidas en el sector del arte contemporáneo, se encuentra parte del “desapego” que ciertos artistas tienen respecto a la Ley de Propiedad Intelectual que debería ser “su” ley.

Está claro que los límites a la Ley de Propiedad Intelectual no son inamovibles y que el legislador ha sido sensible a los grupos de presión. Prueba de ello es la recientemente adaptada Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (Directiva CDSM). Pero los artistas no han conseguido estar en el debate y hacer prevalecer sus derechos más allá de la protección que pueda darse del UGC.

Tanto los artistas visuales como la industria que les rodea necesitan una ley de derechos de autor fuerte, que entienda su proceso creativo y con la que se puedan identificar, y que incluya unos límites suficientemente flexibles para que no todas las obras artísticas que no caben en los límites de los sistemas cerrados o no se acomodan a la compleja jurisprudencia *Fair Use* sean consideradas infractoras. Habrá muchos juristas que opinarán que la totalidad de la práctica artística apropiacionista se limita a parasitar impunemente la creación ajena, pero las leyes no deberían tratar de la cultura de la misma manera que tratan a la industria cultural. Esperemos que, en las próximas reformas de la ley de propiedad intelectual, tanto a nivel internacional como estatal, sean los expertos en historia del arte además de los técnicos juristas los que asesoren al legislador en la difícil tarea de encontrar el equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho de los artistas a vivir de su trabajo.

Recordemos una vez más los dos últimos peldaños de la regla de los tres pasos, que reflejan perfectamente el equilibrio deseable entre intereses de titulares de derechos y de artistas y generadores de contenidos: no atentar a la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio a los intereses legítimos del autor o titulares de derechos de los contenidos utilizados. La regla de los tres pasos debería ser algo más que un principio general para interpretar los límites, debería ser el límite para el UGC donde pudieran ampararse los creadores. Los artistas son imprescindibles en las sociedades democráticas. El arte enriquece a la sociedad, nos ayuda a interpretar y a reflexionar sobre la realidad. La sociedad debe dotarse de las leyes necesarias para que los artistas puedan vivir creando sus obras y de esta manera asegurarnos que podemos continuar beneficiándonos y enriqueciéndonos con sus

creaciones, incluso cuando estas obras pueden ser reproducidas sin que su creador pueda hacer nada para evitarlo.

La justificación de los sistemas de límites, tanto si hablamos de fair use como de límites cerrados, parecen más basados en responder a las necesidades de la propiedad privada que a los objetivos de la propiedad intelectual.

3. La distancia entre la obra protegida y la obra artística

En la otra cara de la moneda está la distancia entre obra protegida y obra artística. Hemos visto que no todas las “obras artísticas” son obras protegibles por la Ley de Propiedad Intelectual que deja fuera de su alcance de protección una gran parte de las obras de arte conceptual. Si el objetivo del derecho de autor era incentivar la creación para el beneficio de todos, proteger los derechos fundamentales de los artistas promoviendo la libertad de expresión y de creación, y dotar a los creadores de derechos morales sobre sus obras, es contraproducente que la definición de “obra protegida” tenga como consecuencia despojar de estos derechos a una gran parte de los artistas que configuran, innovan y dotan de contenido la creación contemporánea.

Cabe formularse la pregunta de si esta era una exclusión intencionada, y mi opinión es que no: La vocación de la Ley de Propiedad Intelectual era proteger las obras de todos los artistas mientras estas puedan ser expuestas y reproducidas, aunque estas obras estén desmaterializadas o no cumplan los requisitos de originalidad. *Vaso de Agua Medio Lleno* de Wilfredo Prieto, los cuadros monocromos y como *Four x Four x Four* de Sol Lewitt, la habitación vacía de *la-specialisation de la sensibilite a l'etat de matiere premiere en sensibilite*, de Yves Klein o el Pabellón vacío de España en la Biennial de Venecia de Santiago Sierra o la “*Instalación 'Instrumento Musical Cuasi-Social IC 342'*” realizada por las arañas de Tomas Sarraceno son fotografiables, reproducibles, y no tiene sentido que la aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual confiera derechos de autor a los fotógrafos de estas obras pero no a sus creadores. Tenemos poca jurisprudencia sobre de la aplicación de los requisitos de obra al arte conceptual, con la excepción de algunos casos puntuales como “*Wild Flowers*” de Kelley. La razón puede ser que el modelo de negocio de los artistas visuales que crean obras únicas no se basa, como en otras disciplinas, en la explotación de sus derechos exclusivos.

La posible exclusión de la protección por la Ley de Propiedad Intelectual es solo la consecuencia de haber querido delimitar de manera demasiado rígida el concepto de obra (objeto de protección de la Ley de Propiedad Intelectual) sin tener en cuenta (o sin conocer) la realidad del arte contemporáneo. Hemos visto como en ocasiones los tribunales intentan reestablecer el equilibrio de esta distancia entre obra artística y obra protegida, como en el caso “Paradis”, en el que Jacob Gautel consiguió ejercer sus derechos de explotación sobre una obra de arte conceptual gracias a la de una hábil pieza de orfebrería jurídica por parte de la Cour de Cassation francesa para adaptar los hechos a la norma y llegar a una conclusión coherente con el espíritu de la Ley de Propiedad Intelectual.

Ya hemos visto que las artes visuales no tienen el mismo encaje en la Ley de Propiedad Intelectual que las obras de las otras disciplinas por su propia naturaleza: Las artes visuales (o parte de ellas) son el único objeto protegible por la Ley de Propiedad Intelectual que, como describía Walter Benjamin, pierde el “aura” al ser reproducido.

El mercado del arte se centra en el valor del *corpus mechanicum*, no en la explotación del *corpus mysticum* que otorga la propiedad intelectual. Si a esta apreciación le añadimos el hecho de que algunas obras quedan fuera de su protección, la consecuencia que tenemos de nuevo es la dificultad de algunos artistas visuales para reconocer en la Propiedad Intelectual “su” Ley. Prueba de ello es el gran número de artistas, -sobre todo norteamericanos, pero también europeos como Daniel Gracia Andújar-, que basan sus creaciones artísticas en el cuestionamiento de la autoría y de la misma noción de obra: Jeff Koons, Sherri Levine, Richard Prince, Elaine Sturtevant, Mike Bidlo por poner solo algunos ejemplos.

Distinta es la posición de los fotógrafos, que sí acuden a los tribunales para ejercer sus derechos de autor cuando los ven comprometidos: Así lo hizo *American Associate Press*, titular de la fotografía que Shepard Fairey utilizó sin permiso para crear el póster “Hope” de la campaña del presidente de Obama, o la fotógrafa Katrijn Van Giel, al ver su fotografía convertida en la pintura “a Beligan Politician” de Luc Tuymans, Morton Beebe cuando encontró su foto “Mexican Diver” en un collage de Rauschenberg, Andrea Blach, al ver las piernas que ella había fotografiado en una obra de Jeff Koons en *Blanche v Koons*, la fotografía que Art Rogers vio convertida en una escultura “sring of puppies” obra de Jeff Koons, o el Molov Man que Joy Garnett creó a partir de una foto de Susan Meiselas, sin olvidar al

fotógrafo Partrick Cariou cuyas fotografías de su proyecto “Yes Rasta” fueron apropiadas por Prince dando lugar al controvertido caso Cariou v. Prince, así como los varios procesos todavía pendientes como consecuencia de la exposición “New Portraits” de Richard Prince formada con fotografías sacadas de Instagram. Los fotógrafos, también considerados artistas visuales, ejercen sus derechos cuando los ven vulnerados. Uno de los mejores ejemplos de esto es Joan Fontcuberta, otro gran artista apropiacionista que es a la vez un apasionado defensor de la Ley de Propiedad Intelectual y miembro fundador de Vegap.

La clave está, ciertamente, en el modelo de negocio: Los fotógrafos basan su rendimiento económico en el ejercicio de los derechos de autor mientras que muchos los artistas visuales que crean obras “únicas” o instalaciones no tienen esta pretensión, y cualquier ejercicio de explotación de los derechos de sus obras es residual o secundario.

Si el legislador ha considerado necesario proteger los derechos de los productores o realizadores de las meras fotografías como prestaciones sin conceder el derecho de transformación a sus titulares, se podría proteger también las obras de arte conceptual, o las obras de arte desmaterializadas, las obras artísticas que no tengan el carácter de obras protegidas del mismo modo que las “meras fotografías” como un derecho “sui generis” sin conferirles el derecho de transformación para evitar que los autores puedan apropiarse de ideas o contenidos análogos o parecidos a sus obras.

4. La diferencia entre los grupos de interés de las artes visuales y las otras disciplinas

Es improbable que el legislador decida modificar los límites de propiedad intelectual ni la definición de obra para dar cabida a las expresiones artísticas que no encajan en el sistema legislativo porque sencillamente no hay condicionantes externos que le obliguen a hacerlo. El arte apropiacionista y el arte conceptual no son fenómenos recientes. En el caso del arte conceptual, a pesar de ser arte una corriente de expresión creativa mayoritaria desde los años sesenta que continúa siendo muy importante en el arte actual, la Ley de Propiedad Intelectual no ha adaptado su contenido para proteger a los artistas que eligen este lenguaje creativo, pero sí ha modificado su contenido para adaptarse a lo que consideraba tenían que ser nuevos objetos de derecho que han irrumpido en el mercado en fechas mucho más recientes como las bases de datos, los programas de ordenador o las meras fotografías. Todos

estos sectores basan su modelo de negocio en la explotación de los derechos exclusivos de propiedad intelectual, y en un sistema efectivo perseguir las infracciones. Los grupos de presión como las entidades de gestión que representan a los titulares de los derechos de obras de artistas visuales han intervenido en la directiva 2001/84/CE del *droit de suite*, pero sin embargo las instituciones que apoyan las iniciativas de los artistas contemporáneos se han manifestado a favor de la ampliación de los límites. Es el caso de que de la Andy Warhol Foundation, Fundación se presentó como parte interesada en el juicio de Cariou v Prince registrando un *amicus curiae* defendiendo el uso de Prince de las fotos de Patrick Cariou. Los artistas no tienen una industria cultural equivalente a las discográficas y a las productoras de audiovisuales que sean titulares de derechos conexos y por lo tanto tengan un interés en que los artistas generen derechos de autor. El papel de las galerías, los museos y las bienales no permite analogías con otras disciplinas.

Es justamente esta particularidad de las artes visuales, esta relación “trenzada” (en palabras de Sánchez Arsití) entre lo material y lo inmaterial lo que ha propiciado la aparición de los contratos y certificados, que han constituido una tentativa interesantísima de autorregulación. Los certificados, como hemos visto, suelen ser una descripción de la instalación artística que va acompañada de una serie de obligaciones a cargo del adquiriente del *corpus mechanicum* de la obra, especialmente cuando el *corpus mechanicum* no existe porque la obra está desmaterializada que regula también los derechos de explotación. Un tema fascinante que sin duda merece un estudio en profundidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ADKINSON, Terry - BAINBRIDGE, David - BALDWIN, Michael - HURRELL, Harold . (Ed). "Art-Language, The journal of conceptual Art", Art-Language, *The journal of conceptual Art*, Art & Language Press May 1969. Reprinted in Osborne (2002)

ADORNO Theodor W / ADORNO, Gretel / TIEDEMAN Rolf *Aesthetic Theory University of Minnesota Press*, 1997

ALAIN STROWEL: "Droit d'auteur et accès a l'information de quelques malentendus et vrais problèmes a travers l'histoire et les développements récents", *12 CHAHIERS DE PROPIÉTÉ INTELLECTUELLE*; 185, 1999

ALBERRO, A.- STIMSON, B *Conceptual Art: A Critical Anthology*, The MIT Press, Boston, 1999

ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio- AYLLÓN, Santiago. *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad Intelectual: Puentes, parques, perfumes, senderos y embalajes*, Reus, Colección de propiedad intelectual, Madrid, 2008

APARICIO VAQUERO; J.P "Art 96", en BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (coord) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2017

BAILEY, Robert. *Art and Language. International Conceptual Art Between Art Words*, Duke University Press, Durham, 2016

BARRON, Anne, "Copyright Law and the Claims of Art", *Intellectual Property Quarterly*. Vol. 4, 2002

BELKNAP Patterson. The world's most expensive light bulbs: how the European Union is applying VAT to imported works of art Patterson Belknap Webb & Tyler LLP

BENJAMIN; Walter. "Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit", 1935

BENTLEY, Lionel / DAVIS, Jennifer / GINSBURG, Jane. *Copyright and Piracy, An interdisciplinary Critique*, Cambridge University Press, 2010.

BERCOVITZ ALVAREZ, Germán. *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Technos, Madrid, 1997

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. Rodrigo, "Artículo 10", en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R (Coord), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Tecnos, Madrid, 2013

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9a Edición, Tirant lo Blanc, Valencia 2019

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. "Comentario al art 10,1 IV" en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R (Coord), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 4a ed., Tecnos, Madrid, 2017

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "art 128" en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), 4a ed. Technos, Madrid 2017

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo "Tuymans, Van Giel y Aladda", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Vol. 1, Nº. 11, 2015

BINKLEY, Timothy. "Piece: Contra Aesthetics", *The journal of Aesthetics and Art Criticism*, vol 35, n. 3 , Spring ,1977

BONDÍA ROMÁN, Fernando. "Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones", *Anuario de Derecho Civil* vol. 59 n.3 2006, p. 1065-1114

BOWMAN Russell "Words and Images: A persistent Paradox", *Art Journal* 45:4,335-343 1985

Brea, K." The art of Walker Evans". *The Harvard Gazette, Arts & Humanities*, 4 enero 2012

BURKE, Shane; "Copyright and Conceptual art", en *Non conventional copyright*, BONADIO E-LUCCHI, N. (ed) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018

CABAY, Julien "<Ce sont les regardeurs qui font les tableaux> La forme d'une œuvre d'art conceptuel en droit d'auteur" Puttemans, Andrée; Demarsin, Bert (ed) *Les aspects juridiques de l'art contemporain*, Larcier, Bruselas, 2013.

CAMARA ÁGUILA, Pilar. "Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad", en Cámara Águila, P; GARROTE FERNANDEZ DIEZ, I. (coord.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanc, Tratados, Valencia ,2019

CARMICHAEL, L., STALLA-BOURDILLON, S., & Staab, S. (2016). "Data mining and automated discrimination: a mixed legal/technical perspective". *IEEE Intelligent Systems*, 31(6), 51-55.

CASAS VALLES, R. "El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI: bases teóricas" en *Derechos del artista plástico* (coord. A.Bercovitz, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

CASAS VALLÈS, Ramon "El derecho de autor: Motor u obstáculo a la libertad de expresión?" "Conferencia Derecho de Autor y Libertad de Expresión, *Actas de las Jornadas de Estudio ALAI* 2006, Barcelona, 19-20 junio de 2006. Huygens Editorial, Barcelona 2008.

CASCIO, Virginia M."Hardly A Walk In The Park: Courts' Hostile Treatment Of Site-Specific Works Under VARA" *20 Depaul Journal Art, Technology and Intellectual Property Law* 2009

CEKANDER, Megan. *Beyond Fabric: The Early Barrel Works of Christo and Jeanne-Claude, 1958-1962*, University of Oregon, (tesis)

Chafee, "Reflections on the Law of Copyright", *45 COLUM. L. REV.* 503,511 1945.

CHILDS, Brian "Deconstructing Lichtenstein: Source Comics Revealed and Credited", 2 febrero 2011 en *Comics Alliance* (2007),

CHIN-CHIN, Yap "The Un-Edenic State of Copyright" *Art Asia Pacific*, May/June 2011

COSTELLO, Diarmuid. "Kant after Lewitt: Towards an Aesthetics of Conceptual Art," en Goldie and Schellekens (ed) *Philosophy and Conceptual Art* Oxford University Press, New York, 2007

CREED, M. - PISSARRO, J. - MORLEY, P. - RUGOF, R (Ed.). *Martin Creed: What's the Point of It?*, Hayward Gallery Publishing, Londres, 2014

DANTO, Arthur C.; *After the End of Art: Contemporary Art and the Pale of History*. Princeton University Press. Updated Edition, 2015

DANTO, Arthur C.; "The Artworld" *Journal of Philosophy* LXI 1964

DE DUVE, T. *Résonances du Readymade, Duchamp entre avant-garde et tradition*, ed..J.Chambon, 1987

DE WERRA, J. ,"L'authentification des oeuvres d'art et le droit de la propriété intellectuelle" en Renold, Marc-André, Gabus, Pierre et de Werra, Jacques (ed.) *L'expertise et l'authentification des oeuvres d'art*, Schulthess, Ginebra, 2007

DEAZLEY, R. *Rethinking Copyright: History, Theory, Language* Edward Elgar Publishing, London, 2006

DERCLAYE, E. *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, 2009,.

DICKIE, G. *The Art Circle. A theory of Art*, New York Haven Publications, 1984

DONAT, Gregory S. "Fixing Fixation: A Copyright with Teeth for Improvisational Performers" *Columbia Law Review*, Vol.97 June,1997

DU BOFF, "Leonard What is Art? Toward a Legal Definition", *12 Hastings Com.& Entertainment Law Journal* 303 1989

DUCHAMP, Marcel (firmando como MD) en BRETON, A / ELUARD, P *Dictionnaire Abrégé du Surréalisme*: 1938

EDELMAN, Bernard "Le«Paradis»de la Nouvelle Eve dans l'enfer du droit d'auteur», D., 2006

EDUARD LEE, "Warming Up to User Generated Content", 2008, *U.Ill. L. REV.* 1459, 1466-68

- ELEEY Peter *Sturtevant: double trouble..* Museum of Modern Art, New York, 2014.
Distributed by Artbook|D.A.P., New York.
- EICHHORN; Maria *The Artist's Contract* Verlag der Buchhandlung Walther König, 2009
- ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION; "Fair Use Principles for Used Generated Video Content
- ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos "Otros derechos de Propiedad Intelectual", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanc, Manuales, Valencia 2019,
- ERDOZAIN LÓPEZ, Jose Carlos. "El concepto de originalidad en el derecho de autor" Pe. i.: *Revista de propiedad intelectual*, ISSN 1576-3366, Nº 3, 1999, págs. 55-94 p. 59
- ERICSSON, Lily. "Creative Quandary: The State of Copyrightability for Organic Works of Art," en *Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law*: Vol. 23 : Iss. 2 , Article 4. (2013);
- FONTCUBERTA, Joan "La danza de los espejos. Identidad y flujos fotográficos en Internet", en *A través del espejo*, La Oficina de Ediciones, Madrid, 201p
- GARCIA ARISTEGUI, D., *Porque Marx no habló de copyright*, Enclave libros, Madrid 2014
- GAUDRAT, Philippe "De l'enfer de l'addiction au paradís des toilettes: tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur" .. Observation sur Civ. 1re 13 nov. 2003" *Revue internationale du droit d'auteur (RIDA)* 2009
- GERDES, MICHAEL B., "Getting beyond Constitutionally Mandated Originality as a Prerequisite for Federal Copyright Protection", *24 Ariz. St. L.J.* 1461 (1992)
- GEVAIS, Daniel. "The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content" *Vanderbilt Journal of Ent. And Tech. Law*, Vol 11, 2009
- GINSBURG, Jane C., "Toward Supranational Copyright Law?" The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions 5 enero 2011 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=253867> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.253867>
- GINSBURG; Jane. "Informe general, Justificaciones de los Derechos de Autor" en Copyright, to be or not to be, Actas de ALAI, Congreso de 2017 en Copenhague Jørgen Blomqvist (ed) Ex tuto Publishing, Dinamarca 2019
- GIRY Stéphanie. "An Odd Bird", *Legal Affairs*, Sept-Oct. 2002
- GOLDIE, Peter "Conceptual Art and Knowledge" en GOLDIE, Peter / SHECHELLEKENS, Elisabeth (ed.) *Philosophy and Conceptual Art*, Oxford University Press New York, 2007
- GOLDIE, Peter. & SCHELLEKENS, Elisabeth. (ed.) *Who's Afraid of Conceptual Art?* Routledge, London, 2010

GOLDIE, P. & SCHELLEKENS, E. (eds.) *Philosophy and Conceptual Art*, Oxford University Press, New York, 2007

GREEN, Charles. *The Third Hand: Collaboration in Art from Conceptualism to Postmodernism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2001

GUPTA, Arjun "I'll Be Your Mirror-Contemporary Art and the Role of Style in Copyright Infringement Analysis" *31 U. Dayton L. Rev.* 45 (2005),

HARRISON, C. *Conceptual Art and Painting; Further Essays on Art and Language*. MIT Press Cambridge and London, 2003

HARRISON, Charles Townsend, *Essays on Art & Language*, MIT press edition Cambridge 2001.

HELPER Laurence, "Collective management of Copyright and Human Rights", en Daniel Gervais, (ed) *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Kluwer Law International, The Netherlands 2005

HERBERT LAZEROW, *Mastering Art Law*, Carolina Academic Press, 2015

HERMAN Alexander. "Ticking Away: Christian Marclay's The Clock and Copyright" *Institute of Art & Law blog*,

HERZOG, H.M., STEFFEN, K. (Ed.) *Das Lied Von Der Erde: Guillermo Kuitca*, Daros-, Latin America, Zurich, 2006

HOLSCHBACH Susanne "Sherrie Levine «After Walker Evans»" *Media Art Net*

HSUAN LU, Eva Yi "Instruction Paintings: Yoko Ono and 1960s Conceptual Art", *Graduate Journal of Visual Arts and Material Culture*, n. 6, 2013

ICKOWICZ, Judith. *Le Droit après la dématérialisation de l'oeuvre d'art*, Les presses du réel, Dijon, 2013

JASZIA Peter - WOODMANESE, Marta. "The ethical reaches of Authorship", *South Atlantic Quarterly* 947-977, 1996

LITMAN, Jessica: Copyright, Compromise and Legislative History", *72 Cornell L. Rev.* 857 *Copyright Legislation and Technological Change*, 1987

JONES; Richard H. "The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law". *Pace Law Review*, Vol 10, Issue 3 Summer 1990

KAUR, "D.Seth Siegelau's manifesto: A discourse analysis of The Artist's Reserved Rights Transfer and Sale Agreement" *Södertörn University, School of Culture and Education*. 2015

KEE, Joan "Felix Gonzales-Torres on Contracts" *Cornell Journal of Law and Public Policy*. 517 Vol.26, Issue 3, Spring. Article 7, 2017

KNIGHT,N. "Slowly Adapting Art: Moving with the Times: Re-installing Originals," *The Oberlin Review*, April 27th, 2007

KOSUTH, Joseph. *Art After Philosophy and After: Collected Writings 1966-1990*, MIT Press, Cambridge,1991

KWON, M., "The Becoming of a Work of Art: FGT and a Possibility of Renewal. a Chance to Share, a Fragile Truce" Ault, J. (ed.) *Felix Gonzalez-Torres*, Steidl/angin, New York y Göttingen, 2006.

LANGE, David .-JEFFERSON POWELL,H *No Law: Intellectual Property in the Image of an Absolute First Amendment* , Standford University press 2009 p86

LASH, Elizabeth R. "The European VAT: Good for Tax Revenue, Bad for the Commercial Art Market?", *Center for Art Law* 4 marzo 2015,

LEHRBUGER, Amy. "You Be the Judge" An Analysis of the Collega Art Association's Code of Best Practices in Fair Use of the Visual Arts" *Columbia Journal of Law and The Arts* 237 (2016)

LERUTH, Michael F. Fred Forest, *Utopia Media Art and Activism*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2017

LESSIG, L *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy* New York, Penguin, 2008

LEVAL, Pierre Nelson, "Toward a fair use standard", *Harvard Law Review*, vol. 103, 1990

LEWITT, Sol. "Paragraphs on Conceptual Art", *Artforum* vol.5, n. 10, Summer, 1967

LIPPARD, Lucy R. *Six Years: The Dematerialization of the Art Object from 1966 to 1972*, University of California Press, Berkeley, 1997

LÓPEZ MAZA; S. *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Colección Estudios de Derecho Privado, Granada 2009

LUCAS, Andre "Derecho de Autor y libertad de expresión. Conferencia de Apertura. ALAI, jornadas de estudio, Law Series, - & Kluwer, 1998.

LUCIE SMITH, Edward . *Art Today*, Ed. Phaidon, New York and London , 1999, ed. 2004

LUNCERFORD Brett & LUNCEFORD Shane, "Meh, The Irrelevance of Copyright in the Public Mind", *7 NW J TECH& Intellectual Property* 33 (2008)

MARINOVA, Dora - RAVEN Margaret "Indigenous knowledge and intelectual property: a sustainability agenda", *Journal of economic surveys* 30 August 2006

MARISCAL, P.- SANJUÁN, N.-CARBAJO, F., Respuestas ALADDA al cuestionario del congreso ALAI, 2017 disponible en <http://aladda.es/actividad/noticias-cuestionario-aladda-congreso-alai-2017/>

MATRAVERS, D. "The Dematerialization of the object" en GOLDIE, P SCHELLEKENS, E (ed) *Philosophy and Conceptual Art*, Oxford University Press, New York, 2007

MAYORGA TOLEDANO; M. *El Arte efímero como objeto de la propiedad intelectual. Especial referencia a los embalajes monumentales y demás instalaciones conceptuales*, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XXXI, 2010-2011

McCUTCHEON, J. "Natural Causes: When Author Meets Nature in Copyright Law and Art. Some Observations Inspired by Kelley v. Chicago Park District" *University of Cincinnati Law Review*, Volume 86, Issue 2, Article 6, 2018

MERCK, Mandy; TOWNSEND, Chris; EMIN, Tracey (Ed.) *The Art of Tracey Emin*, Thames & Hudson, London, 2002

MONTAGNAN Maria, "A New Interface Between Copyright Law And Technology: How User-Generated Content Will Shape The Future Of Online Distribution", 26 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 719, 2009

MORGAN Jessica, JONES, Leslie. *Pure Beauty*, Tate Publishing, Londres, 2009

MORGAN, Robert.C . *Art into ideas. Essays on conceptual art*, Cambridge University Press, Cambridge 1996

MOULIN, Raymond "Remarques sur la définition sociologique de l'œuvre d'art", en *Le marché commun et le marché de l'art*, ULB Bruselas U.L.B.1982,

NIMMER, D., "Fairest of Them All, and Other Fairy Tales of Fair Use", 66 *SPF Law & Contempo. Probs* 263,281 2003

ONORATO, Ronald J. *Douglas Huebler. La Jolla Contemporary Art* . May 27th-August 7th 1988 Museum of Contemporary Art, San Diego 1988

ORTEGA DOMÉNECH, José. *Obra plástica y derechos de autor*, Reus, Colección de propiedad intelectual, Madrid 2000

PERLMUTTER, Pauline. "Unrapping the Law. Reflections on Christo, Copyright Law and Conceptual Art" LLM dissertation, *Queen Mary University of London*. Agosto 2008.

PROWDA, J B. *Visual Arts and the Law, a handbook for professionals*, Land Humphries in association with Sotheby's Institute of Art, New York 2013.

RICHARD STALLMAN : "Reevaluating Copyright: The Public Must Prevail", 74 *OR L. REV* 291, 294 1996

ROBERTSON, Ian *Understanding Art Markets. Inside the world of art and business*. Routledge, Londres y Nueva York, 2016

ROELSTRAETE, Dieter - HARBORD, Janet. *Simon Starling, Contemporary Artists*, Phaidon Press London/New York, 2012

RUIZPEREZ AZCÁRATE, Clara. *Las obras del espíritu y su originalidad*. Colección Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid, 2012

RYAN GALLIA, Carrie "To Fix, or Not to Fix: Copyright's Fixation Requirement and the Rights of Theatrical Collaborators", *Minnesota Law Review*, Vol. 92, No. 1, 2007

SAID, Zahr K. "Copyright Illogical Exclusion of Conceptual Art", *Columbia Journal of Law & The Arts*, Vol 39, 2016

SAMUELSON, Pamela . "A Turning Point in Copyright: Baker v. Selden and Its Legacy", *UC Berkeley, Papers Presented in the Center for the Study of Law and Society Bag Lunch Speaker Series*, 13 september 2013,

SAN MARTIN, Francisco Javier. *Piero Manzoni*, Nerea, Madrid, 1998

SÁNCHEZ ARISTI, R. "La Propiedad Trenzada. El Juego de lo Material y lo Inmaterial en las obras de arte, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*. 2015, pp.23-110

SAUCIER, Adelaide "Color Blocking: How to Protect A Color" *Center for the Art Law*, 10 abril 2019.

SHELLEKENS, Elisabeth. "Seeing the light. Aesthetic experience and understanding pictures" en PELLETIER, J. VOLTOLINI, A.(Ed.) *The Pleasure of Pictures: Pictorial Experience and Aesthetic Appreciation*, Routledge, Abingdon, 2018

SCHOVSBO, Jens. "How to get it Copy-Right?" en *Art and Law, the Copyright Debate*. ROSENMEIER, Morten & TEILMANN, Stina. (Ed) DJØF Publishing, 2005 (Repasa esta cita)

SCUDERO, Domenico. *Maurizio Bolognini. Installazioni, disegni, azioni (on/off line)*, Lithos, Roma ,2003

SILK, Gerald "Myths and Meanings in Manzoni's Merda d'artista", *Art Journal* Vol. 52:3, 1993

SOL MUNTAÑOLA; Mario. "El Régimen Jurídico de la Parodia,". Marcial Pons, Barcelona 2005

TALLMAN, Susan. "The ethos of the edition : the stacks of Felix Gonzalez-Torres :1991" *Arts magazine*, 1991, 66, 1,

TANG, Xiyin "Copyright in the expanded field: On lad art and other new mediums" en BANADIO,E. ; LUCCHI, N, *Non-Conventional Copyright: Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018

TREIGER-BAR-AM, L.K. "Chirsto's Gates and the meaning of art: lessons of the law", *European Intellectual Property Review*, 2005, 389-390

TREPPOZ, Edouard. "Quelle(s) Protection(s) Juridiques pour l'Art Contemporain?", *Revue International Droit d'Auteur*, RIDA Vol. 209, 2006

TREPPOZ, Edouard. "Le droit d'auteur; limite a la creation contemporaine?" *L'art contemporani confronté au droit*, Seminario en Paris el 8 de junio de 2006. Actas disponibles en <https://artdroit.org/210-2/>

VAN DEN BRAND, Jessica. *Tino Sehgal: Art as Immaterial Commodity* Lap Lambert Academic Publishing, GmbH KG 2015

VERMONT Samson "The Sine Qua Non of Copyright is Uniqueness, not Originality" "The Sine Qua Non of Copyright is Uniqueness, not Originality" *University of Miami - School of Law; Charlotte School of Law* 20 Junio 2012

VILAR, Gerard., "Donde está el «arte» en la investigación artística", *Universitat Politècnica de València, ANIAV, Revista de investigación en artes visuales*, Año 1 2017

W. CARROLL, Michael W.; "Fixing Fair Use", *American University Washington College of Law* 85 N.C.L. Rev. 1087, 1090 (2007).

WALRAVENS, Nadia "La remise en cause des notions traditionnelles d'auteur et d'oeuvre de l'esprit" *L'art contemporain confronté au droit. Actes du Seminaire tenu le jeudi 8 juin 2006. Institut Art et Droit. París: Université Pantheon-Assas Paris II*, 2006

WALRAVENS, Nadia. "De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur", *Revue internationale du droit d'auteur*, RIDA Vol. 220 | 04, 2009

WALRAVENS, Nadia; *L'oeuvre d'art en droit d'auteur: forme et originalité des oeuvres d'art contemporaines*, Economica, Collection Patrimoine 2015

WANG, Albert. "Kelley v. Chicago Park District: Seventh Circuit Denies Moral Rights Protection to Chicago Garden", *Jolt digest*, Harvard University, February 25th, 2011

WEINSTOCK NETANEL, N. "Making sense of Fair Use", *Lewis and Clark Law Review*, 15 Lewis and Clark L. Review, 715, 746 (2011)

WERTEMEIER, H. *Yves Klein 1928-1962. International Klein Blue*, Taschen Colonia, 2001

WU, Tim "Tolerated Use" *Columbia Journal of Law and The Arts*, Vol 31 2008

XALABARDER, Raquel. «The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art.18 Copyright in the Digital Single Market Directive... *InDret*, [en línia], 2020, Núm. 4

ZAHR K. Said, "Copyright Illogical Exclusion of Conceptual Art", *Columbia Journal of Law & The Arts* Vol 39, 2016