

30 de mayo de 2023

ARTE Y DERECHO: ¿UN MUNDO MÁS POBRE?

UNA NUEVA FRONTERA ENTRE APROPIACIÓN Y COPIA.

La Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió la cuestión entre el autor de una fotografía y el artista que se basó en ella para crear una nueva obra de arte.

El pasado 18 de mayo la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió un caso planteado entre una fundación, titular de los derechos intelectuales del artista estadounidense Andy Warhol (1928-1987) y la fotógrafa y directora de cine Lynn Goldsmith (1948), en el que –a grandes rasgos– se debatió acerca del alcance del derecho a usar obras de arte ajenas sin el pago de regalías.¹

La decisión de la corte estadounidense –a pesar de fundarse en el derecho de ese país– tendrá importantes consecuencias sobre el mercado internacional del arte y ha merecido comentarios en varios países².

Lynn Goldsmith es una fotógrafa conocida, especializada en retratar a músicos y cantantes de rock. En 1981 y a pedido de la revista *Newsweek* hizo una serie de fotos del compositor y cantante pop Prince Rogers

Nelson (1958-2016), entonces prácticamente un desconocido.

Varios años más tarde, mediante un contrato con la revista mensual *Vanity Fair* (una publicación de la editorial estadounidense Condé Nast) Goldsmith permitió a ésta usar por única vez una de esas fotos como base para crear una ilustración a ser incluida en un número especial de esa revista dedicado al músico.

Vanity Fair contrató a Warhol para que éste, basándose en la foto tomada por Goldsmith, hiciera un retrato de Prince. Y éste (de color púrpura) fue el que apareció finalmente publicado, en noviembre de 1984.

Sin el consentimiento de Goldsmith, Warhol hizo además una serie de dieciséis retratos de Prince (llamada “la Serie del Príncipe”) basada en la foto en cuestión –en forma de impresiones sobre seda–, que fueron vendidas a coleccionistas. El Museo Warhol de Pittsburgh tiene cuatro de ellas.

En 2016, ya muertos Warhol y Prince, la Andy Warhol Foundation Inc., (“AWF”, una fundación que ejerce los derechos intelectuales

¹ In re “Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith et al.”, United States Supreme Court, No. 21-869, 18 mayo 2023; 598 US ___ (2023). Las traducciones son nuestras.

² M. Baccarelli y M. Lonerio, Macchi di Cellere & Gangemi, *Latest News and Insights*, 16 mayo 2023; T. Max y J. Ireland, Sheppard Mullin, *Art Law Blog*, 26 mayo 2023.

tuales de aquél) otorgó una nueva licencia a Condé Nast para que, contra el pago de diez mil dólares, pudiera usar un retrato de Prince hecho por Warhol (esta vez de color naranja) para ilustrar la tapa de un número conmemorativo de la revista dedicado al cantante.

Goldsmith no fue parte del contrato ni recibió compensación alguna por el uso de la foto.

Cuando se enteró, comunicó a la AWF que el uso de su obra sin su autorización violaba sus derechos intelectuales. La fundación entonces presentó una demanda aclaratoria ante la justicia, pidiendo a los tribunales que establecieran si el uso de la foto constituía una violación de los derechos de su autora o si, por el contrario, estaba amparado por una excepción de la ley que permite hacerlo gratuitamente y sin permiso del autor cuando se trata de un *uso razonable* (“fair use”).

Bajo el derecho estadounidense, la doctrina del “uso razonable” intenta promover la libertad de expresión y la creatividad al permitir el uso de obras protegidas por el derecho de autor –sin necesidad de autorización previa o pago de regalías– en ciertas circunstancias.

Esa doctrina está contemplada en el artículo 107 de la Ley de Propiedad Intelectual de los Estados Unidos. Esta norma identifica qué tipo de uso puede darse a una obra intelectual (comentario, reseña, crítica, noticia periodística, uso educativo, etc.) para hacerlo sin necesidad del pago de derecho alguno a su autor. En el derecho argentino existe una institución similar (aunque no idéntica), cuando se permite, bajo el llamado “derecho de cita” y con fines didácticos o científicos, publicar una cantidad específica de palabras de una obra literaria o compases de una obra musical.

La ley estadounidense da cuatro pautas interpretativas para establecer cuándo existe un “uso razonable”. No obstante, el análisis de la existencia de razonabilidad en el uso no autorizado se efectúa siempre caso por caso y sobre la base de las pruebas provistas por las partes.

La primera de esas pautas es el propósito y el carácter (comercial o educativo) de la utilización que se dé a la obra protegida. Por lo general se interpreta que la inexistencia de fines lucrativos es un “uso razonable”. Sin embargo, no siempre es así: puede haber utilización de la obra por instituciones educativas que sea considerada irrazonable o, viceversa, que un uso comercial sea razonable.

Bajo esta pauta, el uso transformativo (o, en términos más “artísticos”, la apropiación –esto es, la utilización de una obra protegida para transformarla en otra, al agregarle un nuevo componente que altera su sentido o modifica su carácter inicial, sin constituir la en un sustituto de la obra preexistente–) ha sido, por lo general, considerado “uso razonable”.

La importancia de este aspecto para el desarrollo del arte es sustancial.

En segundo lugar, también es relevante la naturaleza de la obra utilizada sin autorización. Se entiende que si el propósito de examinar a las obras derivadas del pago de derechos de autor es el de fomentar la creatividad, cuanto menos “creativa” sea la obra “apropiada” –como una noticia periodística o un artículo técnico– más posibilidad habrá de reclamar la existencia de un “uso razonable” en la adaptación posterior.

Un ejemplo podría aclarar la cuestión: el uso de una novela o una melodía (que ya han exigido un esfuerzo creativo por parte del autor inicial) como base para otra obra poste-

rior es más difícil que sea considerado “razonable” que el uso de una obra en la que no existió creatividad alguna.

Una tercera pauta exige que los jueces, al aplicar la doctrina, tengan en cuenta la cantidad, calidad e importancia del material protegido por el derecho de autor usado por el “apropiador”. Si una obra incluye una porción sustancial de otra, es dudoso que los tribunales opinen que se ha hecho un “uso razonable” de ella. Obviamente, un uso limitado da mayor derecho a sostener que éste fue “razonable”. Sin embargo, en algunos casos aislados, la utilización íntegra de una obra protegida fue considerada “razonable” y, a la inversa, el uso limitado a una pequeña fracción de otra fue entendido como irrazonable, cuando la porción utilizada constituía algo así como “el corazón” de la primera.

Una cuarta pauta a tener en cuenta es el efecto que el uso no autorizado de una obra protegida puede tener sobre el mercado. Bajo este punto de vista, los tribunales deben establecer si el uso no autorizado afecta la explotación comercial de la obra inicial. Por ejemplo, si la comercialización de la nueva obra es susceptible de afectar negativamente a la inicial.

La demanda aclaratoria de AWF tuvo éxito en primera instancia: había hecho un “uso razonable” de las fotos de Goldsmith. Pero la Cámara de Apelaciones, sin embargo, rechazó el argumento, al considerar que la “Serie del Príncipe” no constituía una *transformación* de la obra de Goldsmith ni un “uso razonable” de ésta.

AWF apeló ante la Corte Suprema, que, por mayoría, confirmó lo resuelto por la Cámara.

Según el más alto tribunal de los Estados Unidos, no había habido un uso transformativo por cuanto el propósito de la obra de Warhol

(retratar a Prince) “era idéntico o sustancialmente similar al de la obra original” de Goldsmith.

Según la Corte, “cuando la obra posterior sustituye o suplanta a la original para lograr un propósito que es el mismo o sustancialmente similar al de ésta, ello conspira contra el argumento del ‘uso razonable’ de esta última”.

En esa línea de pensamiento, la Corte entendió que “comentar o criticar una obra original puede constituir una razón suficiente para tomar prestados algunos de sus elementos, pero ello no sucede cuando tanto la obra original como su uso secundario comparten iguales o similares propósitos, especialmente cuando este último es de naturaleza comercial”. Esa naturaleza, agregó la Corte, “conspira contra el ‘uso razonable’”.

El uso dado por AWF a la obra de Warhol “fue sustancialmente el mismo que el que tenía la obra de Goldsmith”, ya que aquella compartió un mismo objetivo con esta última, “aun cuando [ambas] no fueran perfectamente intercambiables”.

El propósito y la naturaleza del uso, dijo la Corte, dependen de que quien copia “agregue algo nuevo, con un propósito diferente o de una naturaleza distinta, que altere la obra existente con una nueva expresión, significado o mensaje”.

Dos de los ministros de la Corte estuvieron en disidencia, al sostener que los retratos hechos por Warhol habían alterado “dramáticamente” la foto de Goldsmith. Objetaron la opinión mayoritaria “por enfocarse sólo en la naturaleza comercial de la obra”.

Ese punto de vista, dijo uno de los integrantes de la minoría, “asfixiará cualquier tipo de creatividad; impedirá el nacimiento de nue-

vas obras artísticas, musicales y literarias; sofocará la expresión de nuevas ideas y el logro de nuevos conocimientos. Hará que el nuestro sea un mundo más pobre”.

Para la mayoría, la simple adición de alguna expresión nueva, un nuevo significado o mensaje “no es suficiente para constituir “uso razonable”. Si lo fuera, ello “pondría en peligro el derecho exclusivo del autor a crear obras basándose en las suyas”.

La mayoría resumió su postura al sostener que “si una obra original y otra posterior, basada en aquella, comparten un mismo propósito, y el de la segunda es comercial, no puede haber “uso razonable” en ausencia de otro factor que justifique la copia”.

Los comentaristas mencionan que la decisión fue bien recibida por los titulares de derechos de autor, por cuanto impide la expansión del concepto del “uso razonable” para justificar obras inspiradas en otras bajo el argumento de que, de alguna manera, se las transformó. De otra manera, serían convalidadas meras copias y sujetarían al autor al pago de derechos.

También se ha señalado que el fallo se centró únicamente en el análisis del contrato entre AWF y la editorial y no en determinar si los retratos sobre seda hechos por Warhol habían “transformado” la foto de Goldsmith convirtiéndola en una obra de arte distinta.

Al mismo tiempo, se destaca que la Corte ha dejado de lado la necesidad de determinar si hubo o no “un significado o mensaje nuevo” en una obra de arte basada en otra anterior para considerar si hubo un “uso razonable”. Es claro que la existencia o no de un “significado nuevo” en una obra de arte que se apropia de otra, anterior, es difícil y altamente subjetivo.

La Corte parece exigir ahora la existencia de “argumentos contundentes” para justificar la existencia de un “uso razonable” cuando el *propósito* de una obra de arte basada en otra (ajena) es el mismo.

La sentencia tiene una importancia significativa al establecer estándares más estrictos para justificar que la apropiación de la obra de un artista por otro constituye un “uso razonable” que le permita al segundo eludir el pago de derechos intelectuales al primero.

No centremos la aplicación de esta decisión al caso del pintor que en la soledad de su estudio decide inspirarse en Picasso para retratar a su amada, sino en el uso masivo de obras musicales y pictóricas por parte de la actividad publicitaria o en la adaptación de novelas por grandes productoras cinematográficas o teatrales para convertirlas en éxitos de taquilla.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**