

ARTE DE APROPIACIÓN Y DERECHO DE AUTOR

ART OF APPROPRIATION AND COPYRIGHT

Paz SOLER MASOTA*

RESUMEN

El arte de apropiación, entendido como aquel que acude a una obra anterior para recrearla, dotándola de un nuevo contexto y finalidad, desafía los contornos tradicionales del Derecho de autor. El presente trabajo revisa las construcciones doctrinales que, desde entornos legislativos diversos, se han propuesto a efectos de tutelar las obras apropiacionistas, básicamente a través de la regla estadounidense del *fair use*, así como mediante su acomodo en las excepciones de la parodia, la cita o el pastiche, complementado en su caso con una distinción flexible entre obra derivada y libre por independiente. En el presente trabajo se parte de un nuevo paradigma, cual es postular una interpretación ponderada del derecho de transformación a favor del arte de apropiación.

Palabras clave: arte de apropiación, derecho de autor, copia, reproducción, transformación, obra derivada, autoría, originalidad, derechos morales, derechos de explotación, doctrina del *fair use*, libertad de creación, artes plásticas.

ABSTRACT

The art of appropriation, understood as per reference to artworks departing from previous ones to recreate them, endowing them with a new context and explanation, constitutes a true challenge to the traditional contours of copyright. This essay is intended to review the doctrinal constructions which have been provided out from diverse legislative environments so as to protect appropriationism, basically throughout the rule of fair use, as well as its accommodation under the exceptions of parody, cite or pastiche, further complemented by a flexible distinction among derivative works and those of free execution due to its independent character. This article sets off from a new paradigm, by putting forward a restrained interpretation of the right of transformation, with the aim to protect the art of appropriation.

Keywords: art of appropriation, copyright, copy, reproduction, transformation, derivative work, authorship, originality, moral rights, exploitation rights, fair use, freedom of creation, plastic artworks.

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Dirección de correo electrónico: paz.soler@upf.edu. Doctora en Bellas Artes por la Universidad de Barcelona.

Fecha de recepción: 26 de marzo de 2025 // Fecha de aceptación: 26 de mayo 2025

He preparado este trabajo en el marco de las actividades del Grupo de Investigación INNOPI, correspondientes al Proyecto PID2022-136567MB-10, financiado por MCIN/AEI / 10.13039/501100011033/FEDER. UE. 2023-2027.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL TEMA. — II. BREVE RECORRIDO POR EL ARTE DE APROPIACIÓN. — III. LAS BASES DEL DEBATE JURÍDICO EN TORNO AL ARTE DE APROPIACIÓN. — 1. Preliminar: una delimitación (negativa) de lo que no es arte de apropiación. — 2. Los intereses en juego en el tratamiento jurídico del arte de apropiación. — 3. Sobre la autoría y la originalidad en el arte de apropiación. — IV. EL ALCANCE DEL DERECHO DE AUTOR DE LA OBRA PRIMIGENIA Y SUS LÍMITES RESPECTO DE LA CREACIÓN DE OBRAS APROPIACIONISTAS. — 1. Preliminar: hacia una construcción de grupos de casos. — 2. La consideración de los derechos morales del autor cuya obra es objeto de apropiación. — 3. La consideración de los derechos de explotación del autor cuya obra es objeto de apropiación. — 3.1. La doctrina estadounidense del fair use aplicado al arte de apropiación. — 3.2. La doctrina europea (en particular, alemana) en torno al arte de apropiación. — 3.3. Las reclamaciones provenientes del sector artístico en pro del arte de apropiación. — 3.4. Hacia un cambio de paradigma. — V. CONCLUSIÓN: *IN DUBIO PRO ARTIS*. HACIA UNA COMPRENSIÓN PONDERADA DEL ALCANCE DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN DEL AUTOR A FAVOR DEL ARTE DE APROPIACIÓN. — VI. BIBLIOGRAFÍA

CONTENTS: I. FORMULATION AND DELIMITATION OF THE SUBJECT-MATTER. — II. A BRIEF JOURNEY THROUGH THE ART OF APPROPRIATION. — III. THE GROUNDS FOR THE LEGAL DEBATE UPON THE ART OF APPROPRIATION. — 1. Preliminary: a (negative) delimitation about what is not to be taken as art of appropriation. — 2. The interests at stake in the legal treatment of the art of appropriation. — 3. On authorship and originality in the art of appropriation. 3.1. The USA doctrine of fair use à-propos the art of appropriation. — 3.2. The European (in particular, German) doctrine as per the art of appropriation. — 3.3. The claims arising from the art world pro the art of appropriation. — 3.4. Towards a swift of paradigm. — IV. THE SCOPE OF THE COPYRIGHT OF THE AUTHOR ON THE PRIOR WORK AND ITS LIMITS AS OF THE CREATION OF WORKS OF APPROPRIATION. — 1. Preliminary: towards a construction of case-study groups. — 2. A consideration of the moral rights of the author whose work is object of appropriation. — 3. A consideration of the exploitation rights of the author whose work is object of appropriation. — V. CONCLUSION: *IN DUBIO PRO ARTIS*. TOWARDS A RESTRAINED UNDERSTANDING OF THE SCOPE OF THE RIGHT OF TRANSFORMATION IN FAVOUR OF THE ART OF APPROPRIATION. — VI. BIBLIOGRAPHY

I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

Los artistas adscritos al género conocido como arte de apropiación o apropiacionismo se sirven de obras ajenas para otorgarles un enfoque, identidad o contextualización nuevos. Obras de este cuño se observan en todas las modalidades artísticas, sobre todo en las artes plásticas (en particular, en la pintura, escultura y fotografía) y, también con relativa frecuencia, en las obras audiovisuales, las musicales o las literarias¹. La característica común a estos artistas es que toman para sí una o varias obras primigenias (ya sea en su totalidad como en uno o varios fragmentos que las evocan inequívocamente) para hacerlas suyas desde una nueva lectura, utilizándolas, pues, desde una explicación y con una intención diversas a las propias de su autor o autores originarios.

De inmediato, el propio término —apropiacionismo— suscita connotaciones negativas que sugieren un aprovechamiento indebido por parasitario del esfuerzo o ingenio ajenos cuando no, abiertamente, un robo; y, sin embargo, esta estrategia creativa ha recibido una acogida diversa según los sectores y el momento histórico. En la literatura, sin ir más lejos, este modo de hacer se acoge sin mayores ambages (piénsese en el relato *Pierre Menard, autor del Quijote* de Jorge Luis Borges²). En la pintura o escultura, de su parte, al menos hasta tiempos recientes, la producción de copias ha sido considerada como una valiosa técnica no solo a efectos escolares sino para la evolución de las artes plásticas en su conjunto; y quizás más allá: a propósito de Nicolas Poussin, declaraba un

¹ CRIMP (1993), págs. 134-136.

² SCHMITZ-EMANS (2012).

genial Paul Cézanne «*je veux que la fréquentation d'un maître me rende a moi-meme: toutes les fois que je suis chez Poussin, je seux mieux qui je suis*».

Desde una aproximación jurídica con las claves actuales, es obvio que el arte de apropiación suscita varias cuestiones de carácter esencial, que bien pueden concentrarse en, al menos, tres grandes series de reflexiones, a saber: (i) sobre la razón de ser del Derecho de autor y los principios generales a los que se debe; (ii) la originalidad y autoría en las obras de apropiación y (iii) la delimitación del derecho que asiste a todo autor a consentir la reproducción y/o transformación de su obra.

Bajo el primer aspecto, son a su vez varias las derivadas que se plantean: la más acuciante sería si el Derecho de autor se debe a la protección de la libertad artística en general, a la tutela de los intereses particulares de los creadores o, en su caso, en qué orden de prelación. Bajo el segundo aspecto, no son pocas las voces que, en el ámbito artístico, propugnan una suerte de modulación (cuando no de abierto abandono) del concepto tradicional de autoría, siempre desde una defensa acérrima de los creadores apropiacionistas; no en vano, se sostiene, muchos de estos artistas ven mermada su capacidad de producción de obras de excelencia al verse forzados a recurrir a imágenes o, en general, a obras de artistas ya en el dominio público para lo que no necesitan realizar desembolso económico alguno. Ello, en buena lógica, nos obliga a su vez a reconsiderar, ante todo, el contorno de lo que hay que entender como obra protegible por original. Bajo el tercer aspecto, toca tratar los límites del derecho de transformación o, si se prefiere, dónde empieza la libertad de un (segundo) autor para generar obras independientes a partir de la utilización o incorporación más o menos amplia de una obra ajena creada con anterioridad y digna de protección por propiedad intelectual; de lo que se sigue que el artista apropiacionista ni siquiera tendría que mencionar la procedencia de la/s obra/s de terceros que utiliza y que, de hacerlo, ello no habría de suponer lesión alguna ni a los derechos morales del artista primigenio (en particular, respecto de la integridad de su obra y de divulgación o comunicación de la misma) como tampoco de sus derechos de explotación.

Si los expertos en arte se debaten ásperamente entre dos grandes posicionamientos inmiscibles —los favorables *versus* los detractores del arte de apropiación—, la controversia se convierte en diabólica cuando se obliga al jurista a emitir una opinión *in albis*: en efecto y en particular, los jueces son llamados a pronunciarse evacuando una resolución *pro veritate* en un ámbito (el artístico) que les es completamente ajeno en principio, contando a lo sumo (conocimientos particulares aparte) con, en su caso, opiniones de expertos en arte que, lógicamente, serán *pro parte*. Y, lo que es más, no son pocas las ocasiones en las que los jueces se han visto en la disyuntiva de pronunciarse con carácter previo sobre el mérito artístico de una obra apropiacionista a efectos de determinar si la misma es una obra derivada o una obra enteramente independiente.

Realizadas estas consideraciones preliminares, es debido advertir que estas líneas se abren desde una comprensión inicialmente proclive al arte de apropiación, como premisa y en líneas generales, con los límites que se verán y sin que ello implique confrontación radical respecto de otros posicionamientos, con los que se procurará mantener el más constructivo diálogo. Es oportuno advertir que, de las zonas donde el Derecho y el Arte no caminan acompasados, esta es probablemente una de las más complejas y en la que algunos artistas, hasta

aquellos a los que cabe presumir bien informados a nivel jurídico, han preferido asumir el riesgo de transgredir normas en pro de sus planteamientos creativos.

II. BREVE RECORRIDO POR EL ARTE DE APROPIACIÓN

De las varias acepciones que se manejan en el mundo del arte para explicar la noción de apropiación³, nos centraremos en este estudio en aquella que alude a la integración tangible o sensible (esto es, susceptible de ser percibida por los sentidos del tacto, visión o audición) de obras de terceros en la producción de una nueva obra. Así precisado desde la perspectiva artística, el concepto *apropiación* no se entiende como usurpación, falsificación o plagio —conductas que se rechazan de plano por infames— sino como un préstamo de una obra ajena la cual se revisita para, desde una distancia crítica, establecer con esta un diálogo o una escucha, un reencuentro que ha de llevar a reflexiones que culminarán en un resultado singular e innovador por sincrético⁴. En general, pues, la apropiación es un acto voluntario, consciente y, al tiempo, comprometido con un discurso propio e individualizado. El apropiacionista no pretende reproducir sin más la obra de otro artista, tanto menos suplantarle en su autoría: el apropiacionista no esconde sus fuentes creativas que, de algún modo, aparecen embebidas en su propia obra: las extirpa de su contexto original, y las emplaza instrumentalmente para construir un nuevo relato artístico que puede responder a muy diversas finalidades: desde el homenaje reflexivo a la figura de otro artista, la crítica político-social, pasando por la parodia o, simplemente, la búsqueda de nuevos formatos de expresión.

La historia del arte es un *continuum* de miradas que se cruzan entre sí; y no por falta de imaginación. Desde luego, sin referentes no hay aprendizaje (*anch'io son' pittore!*, exclamó el hijo de Antonio da Correggio cuando acompañaba a su progenitor al estudio de Rafael Sanzio). Mas, una vez superada la fase de ilustración, la inspiración del artista sigue nutriéndose de experiencias ajenas, de modo que el acto de apropiación es un componente esencial en el proceso creativo. El de Urbino ejerció asimismo un fuerte magnetismo en Jean-Auguste Dominique Ingres, como puede apreciarse en *Les Fiançailles de Raphaël et de la nièce du cardinal Bibbiena*, de quien traslada figuras enteras para, mediante pequeños gestos, adaptarlas a un nuevo entorno y acción pictórica⁵. ¿Falta de ingenio o ideas?... no parece el caso: años más tarde fueron otros quienes bebieron en las fuentes de Ingres... como Pablo Ruiz Picasso, Louis Cane, Francis Bacon o Pierre Buraglio, ejercicio ciertamente recurrente en todos estos artistas.

La apropiación no se limita a la referencia a obras del pasado sino que nos remite, asimismo, al desvío de objetos desde su uso habitual al artístico: el padre de toda iniciativa en este sentido se encarna en Marcel Duchamp quien, con sus *ready-made* tan celeberrimos como la *Fuente* de 1917 o su *L.H.O.O.Q.* de 1919, sacudió las bases mismas sobre las que hasta entonces se asentaba el arte. Fue él, en efecto, quien abrió la vía a las posturas vanguardistas más radicales, que fueron sucediéndose en aluvión. Es cierto que ya antes se había ido abriendo

³ Entre otros EVANS (2009), págs 16-22; más ampliamente BERTHET (1996).

⁴ BERTHET (2008), en AAVV, pág. 15, distingue entre una apropiación imitadora (estética de la imitación) y una apropiación creadora derivada de la inversión de un componente personal (estética de la desviación).

⁵ *vid.* Bernard Piton, en BERTHET (1996), págs. 31-32.

paso el *collage*, propuesto como un juego seguramente lúdico por Picasso a quien rápidamente secundaron George Braque y un entusiasta Juan Gris, quienes contribuyeron a ensalzar un modo de producción mediante la combinación de recortes de periódico u otros materiales para crear ya fueren construcciones o para incorporarlos a sus pinturas, de tal modo que el resultado global poseía un significado superior a la simple suma de los elementos agregados. Se trataba de desafiar la idea de que toda obra artística ha de ser solo e íntegramente producida por su creador. Pero con ello, estos autores hicieron algo más, como fue cambiar la calificación del hacer artístico, desplazando la perspectiva desde la aptitud artesanal del autor a su capacidad de percepción: su habilidad para yuxtaponer elementos dispares entre sí con el fin de conferir al conjunto un nuevo significado. El *collage*, en suma, se revela como un banco de pruebas idóneo para el intercambio simbólico entre imagen, figura, signo, gesto y forma. Esta técnica de producción fue adoptada de modo inmediato y con alborozo por el movimiento surrealista, con su lectura alegórica de objetos de uso cotidiano o con los montajes tipo *collage* de nombres como El Lissitzky o Alexander Rodchenko, concebidos como mensajes de índole político-propagandista o con carácter puramente comercial, en todo caso provocadores⁶. De su parte, la anarquía implícita en el *collage* no pudo ser acogida con mayor júbilo por los dadaístas, pues constituía la herramienta expresiva idónea para desafiar los valores y conceptos preestablecidos y, con ello, soliviantar a la burguesía sumida en la complacencia. En las manos del citado Marcel Duchamp, quien exhibía como obras de arte sus composiciones de piezas construidas a partir de objetos que iba encontrando (su célebre rueda de bicicleta clavada en un taburete de cocina), esta tendencia culminó por rematar de muerte a la noción según la cual una obra artística debía proceder solo de la mano del artista... puesto que, en adelante, lo único relevante ha de ser el ojo de este al decidir qué es —y qué no— digno de merecer la consideración de arte.

Deudores de aquellas acciones, ya entrados en la década de los años 60 del siglo pasado, la apropiación estaba fuertemente presente en la actividad de los artistas del *pop-art* y del *nuevo realismo*, quienes usurpaban objetos de lo real o que la civilización del consumo proponía —e imponía— para producir ensamblajes, *collages*, o incluso exhibiéndolos sin más como objeto digno de glosa artística: Robert Rauschenberg o Richard Prince utilizaban fotografías procedentes de mensajes publicitarios; el primero para recortarlas e incluirlas en sus cuadros, el segundo para retocarlas reconvirtiéndolas en otra obra plástica; Roy Lichtenstein se nutría entre otros de imágenes procedentes del mundo del cómic, mientras que Andy Warhol se encumbró, desde sus inicios, a partir del apropiacionismo más obvio y confeso: mediante la reproducción de imágenes de accidentes de coche procedentes de la prensa de sucesos, la representación en treintaidós lienzos (con técnica acrílica) de las variantes de sopas enlatadas Campbell's, su icónica caja del detergente Brillo encapsulada en metacrilato, y cómo no reseñar las serigrafías producidas sobre fotografías preexistentes (y no siempre por él realizadas) de motivos tales como flores o personajes célebres. Algo más radicales en este aspecto se mostraron otros artistas coetáneos que gozaban del respeto del público quienes, desencantados de los límites definitorios del modernismo precedente, optaron por exponer del modo más descarnado y

⁶ BUCHLOH (1982), págs. 43-46.

desprovisto de discurso objetos representativos del consumismo americano de clase media, otorgando así el tratamiento de obra de arte a bienes tales como zapatillas de deporte, balones de baloncesto (es el caso de Haim Steinbach) o aspiradoras domésticas (en el supuesto de Jeff Koons). Los apropiacionistas, calificados como postmodernistas, han cuestionado en definitiva si el arte podía ser considerado siquiera como original, si ha de tener sentido o, incluso si ha de tenerse por superior a las manifestaciones de la cultura de masas. El postmodernismo está profundamente marcado por el eclecticismo: los artistas inscritos en este movimiento se distinguen por recurrir con frecuencia a la referencia a obras artísticas y estilos precedentes y también por el recurso a la cultura más popular, todo ello orientado a su búsqueda por desvelar el significado y los códigos subyacentes a los procesos que gobiernan la sociedad contemporánea⁷.

Considerado como un método de trabajo, el apropiacionismo también se ha dejado notar en otras producciones artísticas tales como obras audiovisuales, obras musicales y hasta en las arquitectónicas; dicho lo cual, los casos de apropiacionismo más polémicos (y también los más complejos por naturaleza) han sido aquellos acaecidos en torno a obras plásticas, y es por ello que cuando la doctrina jurídica ha tratado este tema lo ha hecho, en general, por referencia a este género artístico; aquí haremos otro tanto porque, además, ello no es obstáculo para extender —cual sinécdoque— las conclusiones del análisis a cualesquiera otras manifestaciones artísticas con los ajustes que, en buena lógica, resulten oportunos⁸.

Pues bien, el apropiacionismo, identificado ya no solo como un modo de producción sino como una corriente artística concreta, surge como tal con ocasión de la exposición que se presentó en 1977 en la sala alternativa Artists Space de Nueva York bajo el título *Pictures*, comisariada por el crítico Douglas Crimp. Los cinco artistas que exhibieron su trabajo utilizaban procedimientos que fueron calificados, casi de inmediato, como postmodernos: todos ellos recurrían, con menor o mayor intensidad, a la alusión, al extracto o al encuadre de obras previas; en el caso más extremo de apropiación, el de Sherrie Levine, mediante sus «re-fotografías» o reproducciones prácticamente exactas de imágenes de Walker Evans o de Edward Weston de los años 30 que titulaba sin reparos «*After... (Walker Evans/Edward Weston)*» y que, por supuesto, firmaba ahora con su propio nombre. Estas acciones causaron una irritación lógica en el panorama artístico pues no eran inocuas: lejos de ser ingenuas, se cuestionaba la «ideología» de la originalidad (categoría tradicional que se reducía *ad absurdum*), la «moral» de la autoría indiscutible y, en último término, las condiciones (artísticas) de la producción y de la recepción del arte⁹. Por más que discutido en su momento y aún hoy¹⁰, este movimiento fue avivado con la publicación de la revista *October*, cofundada por la renombrada crítica y teórica del arte Rosalind Epstein Krauss y, sobre lo anterior, respaldado, entre otros, por instituciones como el New York Museum of Contemporary Art y emblemáticas galerías de arte como la neoyorquina Metro Pictures así como, en los años venideros, por

⁷ CARLIN (1988), págs.106, 108.

⁸ No nos referiremos en este estudio a lo que se ha bautizado como «*apropiaciones comunicativas*» en el ámbito digital (a saber, *memes*, *GIFs*, los *selfies* realizados en museos, los *hypes* virales): vid. BAUER (2020).

⁹ CRIMP (1993).

¹⁰ RÖMER (2009), págs. 13-14.

tantos y tantos artistas que, a lo largo y ancho del mundo, fueron acogiendo este concepto de hacer artístico.

Críticas recibidas aparte y en cualquier caso, el apropiacionismo llegó para revolucionar desde su base los posicionamientos sobre lo que hay que entender por arte (muy en particular, los sostenidos por el modernismo que pivotaba sobre los conceptos de autenticidad, genuinidad y novedad)¹¹, asumiendo con ello todas sus consecuencias: de modo singular por lo que aquí hace, para revisar los conceptos legales de autoría y originalidad, así como para desafiar los límites del derecho de autor. Sobre lo anterior, es debido reconocer que el apropiacionismo ha informado el arte contemporáneo de modo decisivo: negarle relevancia es tanto como menospreciar una parte sustancial de la producción artística, cuanto menos, de las últimas décadas.

II. LAS BASES DEL DEBATE JURÍDICO EN TORNO AL ARTE DE APROPIACIÓN

1. Preliminar: una delimitación (negativa) de lo que no ha de entenderse como arte de apropiación

Asentado como premisa del análisis que una obra de arte apropiacionista no es calificable como plagio, se excluyen del mismo los casos de falsificación de obras ajenas. El tratamiento que se hace aquí se refiere, pues, a la realización de copias o reproducciones (íntegras o parciales) de obras de otros artistas que se toman, además, sin la autorización previa de su autor para incorporarlas en una obra distinta.

Ante esta situación, caben dos grandes aproximaciones iniciales: la una, más inclinada a aceptar como obra artística aquello que histórica y socialmente se considere como tal en cada momento y, por consiguiente, a concederle protección jurídica; frente a la cual se yergue la que parte desde un vector inverso, esto es, de los postulados normativos que el artista debe respetar so pena, de no hacerlo, de verse obligado a asumir las consecuencias de su transgresión. Ambas posturas de partida tendrán, al cabo y a grandes rasgos, consecuencias tanto en el ámbito artístico como en el jurídico: el planteamiento primero se conformaría con exigir un mínimo grado de originalidad para otorgar tutela a la obra, trasladando así los eventuales conflictos (para entendernos, entre copiado y copista) al mercado; mientras que la segunda partiría desde una lectura más estricta de la normativa, en detrimento de la producción de aquellos artistas que, consternados o más prudentes, se envainarían la espada del apropiacionismo. Pues bien, ninguno de ambos planteamientos es del todo convincente por imperfecto: el primero favorece un entorno de libertad de creación pero, se dirá, a costa de un recorte de los derechos de aquellos autores cuyas obras son objeto de reproducción por terceros; mientras que el segundo, anclado ferozmente en una comprensión patrimonialista del derecho de autor, tal vez ofrezca una mayor seguridad jurídica al creador primigenio, pero con resultados no siempre deseables para el mundo del arte: buena prueba de ello es la brecha abierta por dos decisiones judiciales que son cruciales por revulsivas en este ámbito: hablamos de *Rogers c. Koons* o del pronunciamiento más reciente en *Warhol*

¹¹ BUCHLOH (1982), pág. 43.

c. *Goldsmith*; entre los cuales pueden consultarse una miríada de casos —con una fundamentación más o menos rigurosa— a favor del arte de apropiación. La primera decisión tuvo lugar a principios de los años '90 del pasado siglo y el segundo hace apenas dos años, siendo que en ambos se califican como infractoras obras que una gran mayoría de expertos valoran como indudablemente transformativas y merecedoras de protección independiente. No está de más detenerse un momento en estos casos señeros y en el detalle de sus circunstancias y trasfondo, por lo ilustrativo del discurso (radicalmente opuesto al) que aquí se mantiene:

Rogers c. Koons trató sobre el conflicto planteado por Art Rogers, un fotógrafo fundamentalmente comercial, quien recibió en el año 1980 el encargo de retratar a un matrimonio y a sus ocho cachorros de pastor alemán. La imagen resultante, convencional y en blanco y negro, plasmó a la pareja sentada en el banco de un parque llevando en su regazo a sus perritos. En 1984, el fotógrafo licenció sus derechos sobre la fotografía a terceros para reproducirla en postales que fueron objeto de distribución masiva. En el año 1987, Jeff Koons compró una de dichas postales en la tienda de recuerdos de un aeropuerto. Por aquel entonces, este tipo de imágenes sugestivas de un entrañable *american way of life* constituía un material de primer orden en los estudios llevados a cabo por el artista, quien inmediatamente contactó con sus artesanos italianos para que, a partir de esta foto y de detalladas instrucciones proporcionadas por Koons, manufacturasen cuatro ejemplares de una escultura en madera policromada a gran escala y hacerlo, por lo demás, con colores chillones y añadiendo variantes como dotar a ambos cónyuges de caras con una expresión algo más congelada y bufona que en la realidad, y añadiendo flores en los cabellos de la esposa, así como tintando el pelaje de los cachorros (ahora de tamaño asimismo engrandecido) con un azul intenso y convirtiendo sus naricillas trufadas en una suerte de pequeñas bombillas iluminadas. El artista expuso su trabajo titulado como *String of Puppies* en el año 1988 en la galería Sonnenabend en Nueva York, con ocasión de su exposición «*Banality Show*», en la que vendió tres de los ejemplares a razón de 367.000 dólares americanos (el cuarto quedó entonces en manos de Koons). Ambos, artista y galería, fueron demandados con éxito tanto en primera instancia como en apelación, en pronunciamientos abiertamente hostiles hacia Koons y, por extensión, hacia las estrategias de apropiación en el arte postmoderno en general, sobre la base de que el material objeto de utilización por Koons constituía una obra fotográfica (no, pues, una fotografía banal o mera fotografía) con una expresión merecedora de protección plena por un derecho de autor y que, sobre lo anterior, la defensa esgrimida por Koons relativa a una parodia de la sociedad americana de aquel momento no podía aceptarse por cuanto la parodia no versaba en sí sobre la obra fotográfica que constituía el objeto de apropiación¹².

Lo cierto es que, en ambas instancias, lo que los magistrados compararon no fue más que dos fotografías (en blanco y negro ambas): la propia de la pequeña postal frente a la obtenida de reproducir en imagen la escultura de Koons, quién sabe si el resultado hubiese sido otro de haber conseguido que accediese

¹² *Rogers v. Koons*, 751 F. Supp. 474 (S.D.N.Y. 1990) y *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 308 (2d Cir. 1992). En doctrina, fuertemente críticos con este resultado y en lugar de muchos: GREENBERG (1992), pp. 24-33; y en extenso KENLEY (1993).

a la sala del juicio uno de los ejemplares de la serie *String of Puppies*. Pero extraigan en cualquier caso sus propias consecuencias desde la comparación entre ambas obras (a su izquierda, *Puppies*, de Art Rogers, imagen tomada en 1980 en la localidad de Point Reyes, y, a su derecha, *String of Puppies*, de Jeff Koons, producida en 1987, en madera policromada, y medidas de 106,68 cm. de altura, x157,48 cm. de ancho x 78,74 cm de profundidad): lo que tal vez al receptor visual con un criterio medio pudiera parecerle harto similar (y similitudes, haberlas, háylas), a gran parte de la crítica artística le parece rechazable de plano como tal, al sopesar, a la vista de los cambios efectuados, la intención del artista en la presentación de una pareja en principio cercana como algo histriónico, entre lo hilarante y lo... horripilante¹³.



Pese a la resonancia del caso, en los años subsiguientes el encausado Koons siguió en su línea creativa apropiacionista, y bajo su estela lo hicieron muchos otros quienes también se vieron ocasionalmente ante los tribunales, que fueron en líneas generales favorables, como señalamos, a este tipo de creaciones.

Hasta llegar recientemente al polémico caso que ha enfrentado a la Fundación Warhol contra la fotógrafa Lynn Goldsmith, reconocida en el sector, entre otros, por haber plasmado con su cámara a músicos de renombre:

En el año 1981; Lynn Goldsmith recibió el encargo de retratar al cantante Prince, quien empezaba a despuntar por entonces, lo cual hizo en blanco y negro y gran formato. Tres años después saltó a la fama con su tema *Purple Rain*, y fue entonces que otra publicación, Vanity Fair, adquirió de Goldsmith los derechos sobre la imagen para encomendar a Warhol la producción de una de sus famosas serigrafías, a efectos de ilustrar un artículo que se publicó bajo el título de *Purple Fame*. La retratista recibió en aquel momento la nada despreciable cifra de 400.000 dólares americanos. Pues bien, la creación de Warhol varió la composición de la fotografía de Goldsmith, reencuadrando y recortando el retrato original, a fin de focalizarse en la cara del músico —ahora traída al frente y enderezada—, cuyos rasgos realzó a partir de contrastar al máximo la fotografía, sobre la que después imprimió una paleta de colores nada habitual en un retrato como fue teñir el rostro de morado —perfilando los elementos del mismo y cabello con líneas entre el amarillo y el naranja— todo ello sobre un fondo empastado en un naranja vívido.

¹³ GREENBERG (1992), pág. 27.



Pero ocurre que Warhol siguió trabajando en obras similares en lo que bautizó como *Prince Series*, ejecutando un total de quince serigrafías más que tomaban como base el retrato de referencia, todo ello aparentemente sin el conocimiento de la fotógrafa quien apenas se percató hasta que, a la muerte de la leyenda musical en el año 2016, la misma revista publicó una elegía utilizando una de dichas nuevas serigrafías como portada. La reacción de Goldsmith fue alegar que la licencia que concedió en su momento lo fue para un único uso (la publicación de 1984), reclamando ahora una compensación económica consistente, fundamentalmente, en una participación sobre las ventas de la serie *Prince* obtenidas por Warhol y/o la Andy Warhol Foundation for the Visual Arts (titular de los derechos sobre la obra del artista a la muerte de este). La estrategia de la Fundación fue acudir a los tribunales en el año 2017 interponiendo preventivamente una acción de jactancia contra Lynn Goldsmith, solicitando así un pronunciamiento en el sentido de inexistencia de violación de derecho de autor por parte del artista de Pittsburgh. Dos años más tarde, en el 2019, la Fundación obtuvo una sentencia a su favor: el juez John G. Koeltl del Federal District Court de Manhattan declaró que Andy Warhol no había actuado ilegítimamente y ello sobre la base de que el artista había alterado suficientemente la imagen fotográfica y que, además, las obras resultantes eran «*inmediatamente reconocibles como warhols*». Pero Goldsmith apeló la sentencia y, en 2021, un panel de tres magistrados de la US Court of Appeals for the 2nd Circuit, también en Nueva York, revocó el juicio de primera instancia, con el juez ponente Gerald E. Lynch sosteniendo que las obras de Warhol retenían los elementos esenciales del retrato efectuado por Goldsmith, con el resultado de no haberlos modificado lo suficiente como para evadir la condena por violación de los derechos de autor de la fotógrafa. Pese a advertir con términos algo tímidos que la producción de Warhol tenía un nuevo significado y mensaje respecto del retrato de Goldsmith, el tribunal no hizo suya la argumentación defensiva presentada por la Fundación, y sostuvo que no cabía aceptar un uso legítimo por transformativo. De otro modo, declaró el magistrado ponente, se crearía inevitablemente una suerte de privilegio en pro de aquellos artistas famosos que plagian obra original de terceros, privilegio que se antojaría tanto más amplio y laxo cuanto mayor fuera su fama. La Fundación no tardó en presentar un recurso contra la sentencia de segunda instancia, que fue admitido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Entre bambalinas, tuvo lugar un despliegue mayúsculo de esfuerzos a

favor del arte apropiacionista¹⁴. Pero nada de ello surtió efecto, y el 18 de mayo de 2023, el Tribunal Supremo decidió a favor de los intereses de Goldsmith en un pronunciamiento ciertamente no unánime (7-2), del que fue portavoz la magistrada Sonia Sotomayor y que se mantuvo en la misma línea que el propio de la segunda instancia, en el sentido de proteger a los creadores cuyas obras son objeto de apropiación por artistas de mayor renombre, y excluyendo la aplicabilidad de la doctrina del *fair use*, en tanto que las obras en lid, la original de Goldsmith y las copias de Warhol, compartían en esencia el mismo propósito, siendo que su uso era, en ambos casos, de naturaleza comercial¹⁵. Los magistrados disidentes, Elena Kagan, a quien siguió el Presidente del tribunal, John Roberts, se dolieron en sus votos particulares afirmando que esta decisión sofocaría la creatividad en todas las artes, frustrando la expresión de nuevas ideas y que, en definitiva, empobrecería al mundo¹⁶.

Por qué será que en estos dos casos que condenan obras de apropiación, los jueces (advertencia: no sólo los demandantes) se hayan cebado con artistas de inmensa reputación y de elevada cotización en el mercado, lo que se traduce en la verificación de indemnizaciones pecuniarias sustanciosas. Esto no es de recibo, no solo por la bisonñez de los argumentos (metajurídicos) manejados, en el sentido de que los artistas más encumbrados no deberían vampirizar la obra de otros a toda costa (algo que no se corresponde estrictamente con la realidad¹⁷), sino porque, desde el punto de vista de costes transaccionales, estos posicionamientos no se revelan en absoluto eficientes para ninguno de los intereses en juego¹⁸.

Ninguna aproximación de máximos se revela, pues, satisfactoria.

Retomando de nuevo el hilo del discurso, el objeto de este epígrafe es determinar el supuesto de hecho bajo análisis; de nuevo: la apropiación como una reproducción inconsentida de una obra ajena protegida por el Derecho de autor, pero cualificada por el hecho de que, mediante dicha acción, se dota a la obra primigenia de un nuevo y relevante significado artístico; una copia, sí, pero una copia con sentido propio. Esta delimitación nos obliga a realizar dos descartes, a saber:

De un lado, quedan fuera de este estudio, en tanto que libremente apropiables: (i) la mera incorporación de una idea (ajena) que no se hubiese plasmado todavía en una expresión concreta¹⁹; (ii) (*sigue*) la inspiración (intangible) en

¹⁴ Buena prueba de la polémica generada fue los *affidavit* que la Fundación adjuntó a su pliego en apoyo de su posición, entre otros los procedentes de la Robert Rauschenberg Foundation, la Roy Lichtenstein Foundation, el Museo de Brooklyn, o expertos como Robert Storr, antiguo director del área de escultura y pintura del Museo de Arte Moderno en Nueva York (MOMA). Todos ellos unidos bajo el mantra según el cual, de no admitirse la defensa del «*fair use*» a favor de las *Prince Series* producidas por Andy Warhol, ello tendría inevitablemente una enorme repercusión negativa pues minaría la libertad de creación de los artistas, produciendo un «*chilling effect on the Arts*».

¹⁵ 598 U.S. *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts Inc. v. Goldsmith et al.*, 2023.

¹⁶ En general, y salvo la (insólita, por desacostumbrada en su línea de pensamiento) opinión favorable de ADLER (2023), todo el *establishment* estadounidense (tanto artístico como jurídico), se ha decantado por resaltar las consecuencias devastadoras que este pronunciamiento, cabe presagiar, tendrá en la producción artística, cuanto menos a corto plazo: *vid.* KAROL (2023).

¹⁷ Como muestra las declaraciones del Juez Cardamone en el caso *Rogers v. Koons*, cuando advertía de modo algo grandilocuente que «*it is not really the parody flag that (Koons was) sailing under, but rather the flag of piracy*»: *Rogers v. Koons*, en 960 F.2d, pág. 311.

¹⁸ Para un planteamiento desde el análisis económico del Derecho, véase, en lugar de muchos: LANDES (2000).

¹⁹ *Cfr.* no obstante, MAASSEN (2012), pág. 139.

una obra ajena; (iii) (*sigue*) el seguimiento de un estilo artístico determinado o del de otro autor, por singular que este sea (iv) (*sigue*) la emulación de un motivo o de la pose de un modelo en particular, por muy inusual que esta sea, por cuanto lo protegible por un derecho de autor solo puede ser la expresión en la que se concreta²⁰; (v) la simple aplicación de métodos artísticos o la utilización de medios técnicos (como puedan ser decisiones de iluminación, o en el caso de fotografías, el recurso a ciertas máquinas, objetivos o lentes, de tomas a una determinada velocidad o tiempo de exposición o desde cierta perspectiva); como, por obvio, (vi) la incorporación de obras no protegibles por el Derecho de autor o que ya hubieran ingresado en el dominio público.

En sentido inverso, en tanto que simples reproducciones calificables como una rasa violación del derecho de autor del artista primigenio (*rectius*, un plagio), no se consideran como obras apropiacionistas las consistentes, entre otros, en: (i) un simple virado de la imagen primigenia (de color, o de dirección, *v.gr.*: invirtiendo la composición); (ii) una mera réplica con algún añadido banal; (iii) un pastiche construido de modo aleatorio e incoherente por carecer de un hilo conductor o explicación consistente (distinta sería la situación de un pastiche creado como «homenaje» a otro autor, por más que su mérito artístico fuera menor²¹); (iv) la adaptación de técnicas, métodos o estilos; (v) la copia de una mera fotografía en la que no puede apreciarse la impronta personal de su autor²²; (vi) la copia de una fotografía en la que se aprecie una disposición o escenificación artística de sus elementos (esto es, una composición original); como, por supuesto (vi) una mera representación del material de un tercero que no conlleve una alteración de la atribución de la obra, en tanto que ello constituiría, llanamente, una desposesión de lo ajeno.

Por lo demás, solo importa aquí el tratamiento del arte de apropiación desde el Derecho de autor. La reproducción de signos distintivos ajenos (piénsese, sin más, en varias de las obras de Warhol precitadas) merecería una consideración aparte, sin perjuicio, además, de la evaluación de otras implicaciones como podrían ser, entre otras y principalmente, la comisión de un acto de competencia desleal. Y tampoco son objeto de atención en este ensayo las consecuencias que en el ámbito del Derecho penal tendría la comisión de un acto de falsificación.

Pues bien, el tratamiento que la doctrina especializada ha venido otorgando hasta la fecha a esta materia pasa (expresado a grandes rasgos ahora pues hemos de volver en extenso) por considerar en principio inocua la apropiación cuando pueda acogerse de modo impecable a acciones de caricatura, parodia o cita; más allá de estos casos, la apropiación se considera un acto libre de creación solo cuando se trata de una obra claramente independiente de la primigenia (aunque la incorpore), y ello en tanto en cuanto se aprecie la impronta personalísima del autor apropiacionista de modo que, ante la duda, se entenderá que es una obra dependiente que requiere la autorización del autor primero. Esta línea dominante de planteamiento, en general, pone la carga de la prueba (de la bondad artística y jurídica) en el artista que se apropia de la obra de terceros.

²⁰ Como ejemplo, sirvan la serie de retratos en los que de Philippe Halsmann solicitaba a personajes famosos que saltaran para plasmarlos en el aire.

²¹ Conforme, BAUER (2020), pág. 33.

²² En este sentido, aunque mantengo alguna duda, MAASSEN (2012), págs. 141-142.

2. Los intereses en juego en el tratamiento jurídico del arte de apropiación

Aceptadas las premisas según las cuales el cambio de significado es inherente al acto artístico de apropiación (porque de lo contrario, hablaríamos de un acto de descarnada usurpación), y de que el arte de apropiación solo puede alcanzar su objetivo (artístico) si se le permite utilizar la obra apropiada en toda su extensión, la cuestión primera que se plantea es cómo equilibrar los intereses (morales y económicos) del autor de la obra primigenia, los intereses del artista apropiacionista (asimismo morales y económicos) y, por supuesto, el del público en general consistente en poder acceder a un caudal creativo lo más amplio posible.

Sobre lo anterior, un depurado equilibrio entre los intereses mencionados debería redundar en la construcción de criterios o pautas que permitieran a los jueces pronunciarse sobre unas bases fiables cuando los conflictos llegan a sus manos. La experiencia nos muestra que muchos casos no acaban ante los tribunales (o bien lo hacen y se resuelven de modo transaccional), pero también que los que finalmente son objeto de juicio se deciden en gran parte desde la visión muy apriorística e incluso desde los pareceres y gustos estrictamente personales de los togados, todo lo cual aboca al reino de la confusión e incerteza.

Valga anticipar que cualquier construcción que se intente en este sentido nunca podrá procurar *ex ante* la plena comodidad de los juzgadores, por cuanto cada caso de apropiacionismo tendrá su propia idiosincrasia en función del contexto que explica la obra secundaria y, sobre todo, porque la toma de posición ha de realizarse sobre una obra artística que, a diferencia de otros bienes intangibles (*v.gr.*: una creación de carácter industrial como una patente o un diseño), albergan un componente etéreo (al que Walter Benjamin se refirió como el «aura») que no se aprecia con los sentidos, sino desde la emoción. Este trabajo viene a proponer ciertos criterios esenciales para el enjuiciamiento de una obra apropiacionista, todo ello a partir de un cambio de paradigma: no se ha ocultado que se parte aquí de una aproximación liberal e inclinada hacia la tutela del arte apropiacionista (otorgándole una suerte de presunción de inocencia), pero siempre en el bien entendido de que la obra secundaria no puede consistir en una mera copia de la primigenia, sino una reproducción mediata que la recrea desde una aproximación diversa de la manifestada por su primer autor; esto es, las obras originales han de ser intencionadamente alteradas para dotarlas de un nuevo contenido, significado o lectura, sean estos de orden reivindicativo o puramente estético. Entendido así el arte apropiacionista en sentido estricto, se postula en este estudio una propuesta de presunción de uso inocuo u honrado por no infractor cuando una obra ajena (de carácter plástico) se utiliza en la realización de otra obra de carácter asimismo plástico. Esta posición se basa en una comprensión no tanto estrictamente patrimonial del Derecho de autor como garante de las facultades de explotación del autor primigenio sobre «su» obra ante cualquier acción —siquiera la más liviana— susceptible de atentar contra la misma, cuanto de una concepción más amplia e instrumental, centrada en preservar el espectro de incentivos que ese mismo autor ha de poder razonablemente conservar para seguir, en general, creando y, en particular, para mantenerse en la explotación de «su» obra en el nicho de mercado para el que originariamente fue concebida o para el que quepa una explotación en mercados natural y ra-

zonablemente conexos²³, pero todo ello sin perjuicio de la nueva obra y de la respectiva explotación de esta. En términos más precisos: si la obra apropiacionista posee un mérito artístico sustancial (premisa que es esencial), la cuestión es hasta qué punto ello es susceptible de (i) perjudicar el honor o prestigio del primero (desde la perspectiva moral) por afectar a la integridad de la obra o por suponer una divulgación injustificadamente injuriosa o abyecta de la obra primigenia y/o (ii) rebajar el valor económico de aquella obra (desde la perspectiva de su explotación) y/o privarla indebidamente de una posibilidad cierta de que el primer autor la recoloque en el mercado a partir de sus propios méritos. De no concurrir estas circunstancias (y, como se dirá, entiendo que no concurren usualmente cuando la obra apropiacionista posee mérito artístico), habrá que considerar que una concepción absolutista de los derechos del autor primigenio bien puede minar la producción de obras de interés para el público en general. Ahora bien, esta posición ha de examinarse con la mayor de las prudencias: del mismo modo que el derecho del autor primigenio no ha de ser ejercitado de modo abusivo, más allá de sus límites naturales, el autor secundario no puede sin más parapetarse tras el argumento de que cualquier apropiación es, de suyo, amparable bajo el escudo de su calificación como «arte». En efecto, la comprensión que aquí se mantiene no es justificar el apropiacionismo por el simple hecho de que ha sido ampliamente utilizado como método de creación y porque ello ha sido legitimado, a su vez, por historiadores y críticos de arte; esto es, no se trata de defender la bondad jurídica de un modo de producción, sino solo de un vehículo de expresión cuando es susceptible de generar nuevos contenidos y mensajes de índole creativa que, de no converger con los propios de las obras precedentes que se reproducen, no les infligen un daño (artístico) susceptible de reparación. Y ello, conviene resaltarlo, aunque la obra apropiacionista sea explotada comercialmente, y *a maiore*, con éxito.

3. Sobre la autoría y originalidad en el arte de apropiación

Una obra apropiacionista, por definición, integra la obra de uno o varios terceros pero no para usurparla atribuyéndosela como propia, sino como un paso necesario para contribuir a formar la expresión de una creación nueva e independiente. Desde las primeras manifestaciones históricas del apropiacionismo, de uno u otro modo los autores partían de aproximaciones en las que exploraban qué ha de tenerse o no por original, novedoso o valioso (recuérdese la referencia al *collage*), o de posiciones que buscan socavar los conceptos clásicos tales como la autoría (la más radical, la de Sherry Levine con sus re-fotografías), cuando no escandalizar: Warhol bautizó a su espacio creativo como La Factoría, en alegórica metáfora a lo que allí acontecía (creación en serie y a destajo) y, cuando le abordaban con preguntas sobre su autoría, respondía —cuando lo hacía— con su aguda vocecilla y en tono burlón redirigiendo al periodista de turno a sus colaboradores o incluso a su chófer (quien en alguna ocasión realizó alguna fotografía); es también famosa la anécdota según la cual en una ocasión algo más formal le sondearon sobre el sentido de su obra y el proceso de producción

²³ Lo que se ha descrito como el «conflicto de sustitución»: esto es, cuando la obra apropiacionista no puede confundirse con el original en el mercado.

ante lo que contestó «*Ask Elaine Sturtevant*»²⁴. Lo cierto es que Warhol, quien se inició como un depurado dibujante y creativo escarparatista, buscó a toda costa la fama y la fortuna, y de hecho le costó lo suyo alcanzarlas (sin ir más lejos, de sus famosas latas de sopa no vendió ni una sola en la primera exposición que se hizo); pero no es menos cierto que en la actualidad es uno de los artistas contemporáneos que gozan de una mayor cotización, y sus obras (firmadas por él, no por sus asistentes) llenan museos con enorme éxito de asistencia.

Mas este, el artístico, no es el discurso que ahora nos ocupa.

Para mejor situarnos antes de entrar a dibujar en el lienzo de lo legal, visitemos algunas obras que ilustran el imaginario de lo que aquí estamos tratando:

En primer lugar traemos aquí la obra de Manolo Valdés quien, como es sabido, ha formulado su fecunda producción en torno a la apropiación, elevándola hasta lo más alto, desde sus inicios en el Equipo Crónica junto a Rafael Solbes y Juan Antonio Toledo en los que sus ensamblajes se leían como crítica política hasta su etapa, ya en solitario, todavía —afortunadamente— muy productiva. Más abajo y de izquierda a derecha, su *Jacqueline* de la serie *Picasso como pretexto*, de 2011, basada en los tantos retratos que el autor malagueño de origen realizó de su musa y segunda esposa, Jacqueline Roque; su otro precedente de la serie *Matisse como pretexto*, de 2001; para concluir con una de las encarnaciones de su muy reproducida Reina Mariana, aquí exhibiendo en su mano izquierda un pañuelo estampado con las célebres Marilyn de Warhol. Un muy consciente Manolo Valdés cuya mirada, como se ha dicho, camina hacia delante y hacia atrás en el tiempo, con un lenguaje que, junto al despliegue temático de la gran pintura clásica, utiliza toda variante de un lenguaje propio que aglutina todas las manifestaciones plásticas del presente²⁵.



Y prosigamos ahora hacia estadios aún mayores: la *Suite 156* de Picasso, un legado privilegiado del artista a todo el mundo en su momento final.

Aproximadamente entre inicios del año 1970 y mediados de 1972, Picasso produjo con frenesí 156 planchas de cobre para grabar lo que sería su última obra en versión gráfica y cuya presentación pública supuso, a su vez, la última exposición realizada en vida del artista, fallecido el 8 de abril de 1973. A modo de un *cahier* de apuntes, el artista efectuó un último recorrido alrededor del desnudo femenino y de numerosas referencias artísticas: desde Rafael a Rem-

²⁴ SEARLE (2013). Elaine Sturtevant es conocida por replicar (y luego firmar con su nombre) las obras de grandes artistas como el precitado Warhol, entre muchos otros.

²⁵ Cfr. José María Caballero Bonald, en su prólogo «Manolo Valdés: ritual de la materia» al catálogo de la exposición que ofreció la Galería Marlborough en Madrid, el año 1993, bajo el título «Manolo Valdés: Escultura y Pintura».

brandt, de Velázquez a Courbet, de Ingres a Delacroix, de Manet a Degas (la imagen inferior es la portada del libro de la exposición y una obvia referencia a Degas) y... desde el mismísimo Picasso a Picasso. ¿Hay algo más sublime como despedida consciente que este homenaje de un artista que lo fue todo y, cuya decisiva y fuerte mano, todo lo pudo?²⁶



Llegados al nivel jurídico que nos ocupa, cuestionar sin más la autoría o la originalidad de una obra apropiacionista es tanto como partir de que no ha existido ningún esfuerzo o mérito relevante de su autor ni a la hora de concebirla ni tampoco de ejecutarla. Esta aproximación no es, en absoluto, de recibo. En la copia cuya única intención es la suplantación, estamos ante una apropiación punible y condenable. Pero en la repetición que tiene una voluntad dialéctica, de confrontación y de interpretación, estamos ante una paráfrasis²⁷. Lo apropiado, sean retazos o fragmentos, sea la integridad de la obra de un tercero (o varios) se constituye en una alusión que sirve como campo de reflexión. La obra resultante nutre a la apropiada de otro contexto, contenido y significado. En efecto, con su acción apropiacionista, el artista busca desligar e incluso privar a la obra apropiada de su entorno y circunstancias, de modo que, al perder su valor primigenio, se convierte en sustancia de otra cosa —en un tema en sí mismo— que ahora se mira desde otra perspectiva y ángulo, se reproduce, sí, pero de un modo discursivo, esto es: se muta, se revisa y traduce (a otro lenguaje artístico), se convierte en un motivo y pretexto sobre el que reflexionar desde otras razones y con otro método, para dotarlo, en fin, de una nueva naturaleza y consideración, que bien podrá ser (i) de carácter estético, y en tal caso, oscilando desde lo aparentemente más banal (como en las obras del *pop-art* a las que antes nos hemos referido, con nombres de la altura de Andy Warhol o Roy Lichtenstein) hasta la producción de obras procedentes de la más culta cogitación (como ocurre en las obras que acabamos de visitar de nuestros compatriotas Manolo Valdés y Pablo Ruiz Picasso, o de otros como Francis Bacon con sus cuarentaiséis estudios del retrato que Diego Velázquez elaboró del Papa Inocencio X)²⁸; o bien (ii)

²⁶ De este trabajo, del que sólo tres series completas se conservan, supone un ajuste de cuentas del artista con su propia memoria visual; con este ejercicio tan potente, Picasso «absorbe todo lo que ve y, sobre todo, se entretiene parafraseando a los grandes maestros»: de BARAÑO (1998), pág. 19.

²⁷ Sobre los conceptos de paráfrasis y deconstrucción como «re-visión», acúdase al sobresaliente ensayo del siempre brillante DE BARAÑO (2023), págs. 42, 54 y 56.

²⁸ Tendría aquí también cabida, en sentido amplio, la apropiación de un elemento previo para integrarlo como un motivo más junto a otros elementos, a modo de cita artística o alegórica, en un entorno discursivo claramente diferenciado. Como ejemplo tráigase aquí la obra titulada *Svenska syndabockar*, del pintor sueco Markus Anderson, quien re-contextualiza (por lo tanto, no simplemente adapta o transforma) una fotografía

de carácter finalista o reivindicativo, como herramienta para forjar un discurso político-social. En todo caso, en la obra apropiacionista hay una aportación propia y diferenciadora del artista. La singularidad y el carácter único de la nueva obra convierte, en suma, a la apropiación, en un acto inapelable jurídicamente.

Así entendida, la apropiación, en tanto que es un instrumento inevitable para dotar de sentido a la nueva obra, no enerva los conceptos tradicionales de la autoría y de la originalidad; en todo caso, los modula en el sentido de que al autor apropiacionista no le es exigible que produzca *ex novo* ni tampoco que su obra posea una determinada altura creativa por más que esta, como hemos visto y aún hemos de ver, se constate en aquellos ejemplos de lo que se considera aquí como arte de apropiación. Hasta cuando los apropiacionistas invocaban la «muerte de la autoría» o el «desmantelamiento de lo original», no negaban en realidad estos conceptos, sino que examinaban de modo crítico las categorías tradicionales de autoría y autenticidad, original y originalidad, el concepto mismo de la obra y las convenciones de percepción de la sociedad en un momento dado. Visto así, el arte de apropiación pretende socavar uno de los últimos mitos del arte: el original, puesto que la copia ha de ser tenida también como un original debido a su propia reproducción, axioma algo ilógico con el que se busca incitar al espectador a reexaminar las categorías mencionadas desde otra perspectiva. Mas, paradójicamente, y como resultado, el arte de apropiación sigue operando dentro del contorno mismo de lo que se entiende clásicamente por original. En efecto, al presentar con vehemencia su postura (el gesto de romper con la tradición), sólo se obedece —una vez más— al principio de querer ser diferente, creativo y, por lo tanto, inclinándose ante el imperativo de la originalidad²⁹.

IV. EL ALCANCE DEL DERECHO DE AUTOR SOBRE LA OBRA PRIMIGENIA Y SUS LÍMITES RESPECTO DE LA CREACIÓN DE OBRAS APROPIACIONISTAS

1. Preliminar: hacia una construcción de grupos de casos

El acto de apropiación, para ser jurídicamente relevante, presupone la copia de una obra preexistente que goza de protección por derecho de autor, mas no de una copia *telle quelle* en tanto que se trata de una reproducción informada por una finalidad (objetiva) de reinterpretarla, re-contextualizarla o parafrasearla. Lo reproducido se convierte en el motivo (de modo aislado o, eventualmente, junto con otros) sobre el que se construye la trama y relato de una obra distinta. Dicho esto, el grado de completitud y fidelidad de la copia respecto del original es variable, y de ahí que puedan desgranarse, al menos, tres grandes grupos de casos o tendencias:

Una primera serie de supuestos serían aquellos en los que la obra primigenia se transpone en su integridad y del modo más literal y exacto, con el fin de (i) versionarla a otro medio artístico como ocurre con el tránsito de una obra pictó-

rotunda y potente del rostro de un tal Sr. Petterson tomada por Jonas Lemberg: a ella alude Rosén (2020), págs. 358-360, haciéndose eco de la decisión del alto tribunal sueco en el caso, quien consideró como obra libre por transformativa el óleo resultante, a la vista de su composición, esto es, de la incorporación del retrato en una determinada ubicación, con el trasfondo de un paisaje y el añadido de una cabra, lo que aportaría a la obra un «sentido diferente».

²⁹ BAUER (2020), pág. 43, siguiendo a Wolfgang Ullrich.

rica a una fotografía o de una fotografía a una escultura, y a la inversa³⁰; o bien para (ii) re-contextualizar un bien que se extrae de un entorno que nada tiene que ver en principio con el artístico (un objeto cualquiera, un producto de uso común, un anuncio publicitario) para llevarlo a galerías y museos, elevándolo a la categoría de obra de arte.

En una segunda línea de supuestos, la obra apropiada se reconoce de modo global o por alguno de sus fragmentos, pero el grado de intervención que el segundo artista imprime sobre el motivo es más intenso, advirtiéndose de un modo más preclaro la impronta de su hacer personalísimo: lo apropiado como pretexto (en la expresión recurrente del maestro Valdés), como excusa de la acción artística.

En el tercer estadio, la apropiación es ya menos perceptible que en los casos recién descritos: la obra primigenia aún se reconoce pero ya de un modo mucho más difuso, tal vez desfigurada o escorzada, como un simple esbozo o por algún trazo que, al cabo, sirve de trasfondo para componer la nueva obra que no quiere esconder sus fuentes de inspiración.

Nótese que esta ordenación se ha realizado desde una aproximación exclusivamente formal y objetiva al arte de apropiación, desprovista todavía de consideraciones sobre, de un lado, (i) la intencionalidad y objetivo perseguidos por el artista que se apropia de la obra de otro (si de carácter reivindicativo en el orden político, si de crítica o glosa social, de parodia o caricatura... o puramente desde una voluntad estética de rendir homenaje a otro autor, de la búsqueda de nuevos formatos o lenguajes o discursos artísticos); como tampoco hace referencia a (ii) si la apropiación se hace con o sin intencionalidad crematística. La relevancia de estas circunstancias se ha de sopesar, en su debido momento, en los epígrafes que siguen.

2. La consideración de los derechos morales del autor cuya obra es objeto de apropiación

En general, la libertad artística halla sus raíces en la libertad de expresión, por lo que cualquier argumentación que pueda mutilarla debe ponerse bajo la lente de la sospecha. Así las cosas, la cuestión es si la reparación de la lesión a los derechos morales del autor cuya obra es objeto de apropiación ha de priorizarse sobre el incentivo a la creación artística; o si se prefiere, siendo más concretos todavía, toca plantearnos qué representa a los efectos que nos ocupan una violación relevante del derecho moral del autor primigenio.

Siempre a mi juicio, el apropiacionismo —tanto el de carácter puramente artístico como el que albergue una intencionalidad de crítica o glosa del tipo que sea— solo debería ser cuestionable bajo este aspecto en la medida en la que pueda causar: (i) una lesión a la integridad de la obra primera que pueda redundar en la denigración de su autor en la esfera personal o profesional (en tanto que artista); (ii) una obstaculización de los modos que pueda revestir la comunicación y divulgación de la obra primigenia en el mercado que le es propio o en

³⁰ La mejor doctrina alemana suele considerar estos casos de transposición como ejemplos clásicos de uso (en este caso apropiación) libre: *vid.* MAASSEN (2012), págs. 153-154, con ulteriores referencias.

mercados naturalmente conexos; o (iii) cuando la obra apropiacionista desvela la identidad de un autor que decidió parapetarse en el anonimato (caso que me parece insólito, pero en todo caso dable).

Antes de cualquier otra consideración, parece oportuno partir aquí de dos premisas; a saber: casi todo autor busca la resonancia de su trabajo. Por otra parte, cuando un autor difunde su obra en el mercado lo hace de una determinada manera, de entre todas las posibles: recurriendo, pues, a aquella que le parece más apta para expresar su concepción o bien, en su caso, aquella que se pueda permitir en función de sus recursos (tanto económicos como, sobre todo, intelectuales). Prosigamos ahora en el análisis:

En primer lugar, y desde los supuestos planteados, el daño que una obra apropiacionista meritoria puede causar a la esfera del honor del primer autor es, a mi entender, prácticamente irrelevante, a menos que la concreta intervención realizada por la obra creada por el autor apropiacionista resulte inexcusablemente impertinente o ultrajante, o sea exhibida en un entorno o ambientación que pueda producir dicho resultado. Dicho esto, el que la obra primigenia sea objeto de comentario o crítica en sí misma o sirva para vehiculizar un mensaje u opinión de otro autor no puede ser sin más vetado por el artista original, aunque no concuerde con la posición de quien haya utilizado su obra con otros fines. Entiendo, por lo demás y con nuestra mejor doctrina, que la eventual lesión en la esfera personal que el artista primigenio pueda en su caso alegar no ha de reclamarse desde la vía del Derecho de autor sino desde los mecanismos que nuestro sistema prevé para la reparación de los daños en el honor y la esfera estrictamente personal.

De mayor interés, por lo que aquí interesa desde la perspectiva de la comunicación de la obra, sería la lesión del derecho moral del primer autor, en la medida en la que la publicación de la obra apropiacionista se convierta de hecho en la ocupación de una cuota natural del mercado que le correspondería a aquel, o en una suerte de barrera de entrada por parte de este a mercados conexos. Pero claro, esto tocará analizarlo en el caso concreto. Como línea de principio, no parece que el autor primigenio pueda escudarse en su derecho moral para controlar que su obra solo pueda ejecutarse en una modalidad artística concreta y, por consiguiente, para congelar su monopolio (de producto único) en el mercado. Y, abundando en este argumento, ni siquiera me parece sostenible (en lo absoluto) que el autor haya de poder impedir que se realicen obras apropiacionistas que puedan competir directa o indirectamente con la suya. Cuestión distinta es que en tal caso y en función de las circunstancias pueda solicitar que se le compense financieramente, cuestión que acometeremos en el próximo epígrafe; mas solo eso, de tal modo que no podría reclamar que la obra apropiacionista se retirara del mercado o se destruyera. En suma: no parece aceptable que el autor primigenio utilice (abusivamente) el derecho moral para con ello obstruir los modos que pueda revestir la comunicación y divulgación de la obra apropiacionista en el nicho de mercado que le es propio o en mercados naturalmente conexos; de otro modo, estaríamos tratando el arte de apropiación como si fuera una simple mercancía. El derecho moral del autor es, por lo demás, estatutario, no una suerte de derecho natural atribuido al mismo y prioritario respecto del interés del público en general.

3. La consideración de los derechos de explotación del autor cuya obra es objeto de apropiación

La doctrina se ha enfrentado tradicionalmente a esta cuestión desde un posicionamiento que parte de una interpretación normativa rigurosa, en el sentido de entender que el arte de apropiación, para ser de libre ejecución, habría de acomodarse a las categorías de la parodia o cita (tal cual estas exclusiones son configuradas por la normativa); de lo contrario, y en cuanto que obra derivada de una anterior, se entendería en principio que constituiría una transformación de la obra original sometida a la autorización del autor. Aun con distinto enfoque, en este planteamiento vienen a coincidir tanto la doctrina estadounidense como la europea. Pues bien, tras repasar estas posturas y atender a las voces provenientes del mundo artístico, en este epígrafe se propone respetuosamente un cambio de paradigma.

3.1. *La doctrina estadounidense del fair use aplicada al arte de apropiación*

Es ampliamente conocida entre nosotros la doctrina del *fair use* (después cristalizada en la Section 107 de la Copyright Act de 1976) para lograr un equilibrio entre el interés de todo artista de ver protegida su obra y de mejor poderla difundir para incrementar el patrimonio cultural y, de otro lado, el interés de posteriores artistas de valerse de obras anteriores de terceros para crear nuevas obras. Pues bien, voces muy autorizadas en el ámbito estadounidense han puesto de manifiesto las dolencias de esta doctrina cuando se trata de analizar la apropiación de lo que se referencia como artes visuales (término que, en buena lógica, englobaría no solo a las obras plásticas sino también a las audiovisuales, por más que los ejemplos traídos a colación sean del primer tipo). Esta tendencia doctrinal se agudizó a partir del caso *Rogers c. Koons*³¹, y se ha recrudecido recientemente a propósito del caso *Warhol c. Goldsmith*. En efecto, al hilo de estos pronunciamientos, estos autores han puesto de manifiesto las grietas que podrían provocar un corrimiento de tierras en detrimento del arte de apropiación (y lo hacen, sobre todo, enfatizando el perjuicio que para la sociedad conllevaría ser privada del caudal de crítica que este tipo de manifestaciones artísticas suele expresar). Estas fallas serían: en primer lugar, el hecho de que se haya abonado el camino para que los tribunales se muestren reacios a aplicar la doctrina del *fair use* cuando la obra secundaria (que se entiende como derivada) bien utilice el global de la obra original o bien cuando, si se trata de una imagen de índole más banal (lo que entre nosotros constituiría una mera fotografía), se apropia de aquellas decisiones que, por menos comunes, permitieron al autor primigenio una presentación algo diferente del motivo; es obvio que, en ambos casos primaría el entendimiento de que los creadores que, en lo sucesivo, pretendan plasmar una idea similar, deberían esforzarse en lograr su propio método para darle forma (esta apreciación me parece razonable: ¿de verdad no fueron suficientes las aportaciones de Koons en su escultura, o de Warhol en su serigrafía?). En segundo lugar y, sobre todo, se apunta a que poner el foco en el hecho de que las obras (copiada y derivada) se comercialicen enturbia en extremo la

³¹ KENLY (1993), págs. 1498-1507.

visión de las cosas, sobre todo si ello lleva a colegir que la existencia de la obra apropiada perjudica la explotación de la primigenia en el suyo y en cualquier otro mercado³² (no puedo estar más de acuerdo: ¿acaso la escultura de Koons provocó que Rogers no vendiera más postales? ¿sería sensato pensar que Rogers habría saltado de suyo a la producción de esculturas y que, como a Koons, se las quitarían de las manos por un precio desorbitado?... ¿supuso la serigrafía de Warhol en algún momento un obstáculo a la prolífica carrera de Goldsmith en el mundo audiovisual con sus documentales y reportajes fotográficos? En absoluto; y, por cierto, muy recomendable el diario en forma visual que nació de su amistad y estrecha colaboración con Patti Smith titulado *Before-Easter-After* y que se reeditó recientemente por Rizzoli). En tercer lugar, se sostiene que la excepción de la parodia poco o nada tiene que ver con el arte de apropiación, pues rara vez este se ocupa de glosar burlona o satíricamente la obra específica de un tercero³³ (de nuevo concuerdo: cuando Bacon retrata al Papa Inocencio se embebe en estudios que van desde la apreciación del espacio y la composición hasta, como se ha dicho, un intento del autorretrato de su propia decadencia).

En esta tesitura, la doctrina especializada ha ido ofreciendo diversas propuestas que fluyen desde (i) una revisión de la regla del *fair use* para mejor acomodarla al arte de apropiación³⁴ hasta posicionamientos más radicales, que pasan por (ii) la revisión de los conceptos de autoría y originalidad³⁵, (iii) postular directamente el abandono de la regla en cuestión en pro de un retorno al principio constitucional de libertad de expresión (*rectius*, cabría entender, de creación), si bien con matices para mantener una adecuada protección de los intereses del autor primigenio³⁶; a (iv) finalmente y de modo (en esencia) similar a lo que se mantiene en este trabajo, defender una interpretación más liberal del derecho de transformación a efectos de presumir que la obra de apropiación es de libre ejecución si constituye una aportación (crítica) valiosa para la sociedad y la cultura contemporánea, siempre que su naturaleza no la convierta en un sustituto del original ni le impida —razonablemente— a su autor desarrollar otras obras derivadas a partir de la suya propia³⁷. Por supuesto, esta corriente de pensamiento no es del todo unánime, constatándose alguna posición que mantiene que toda restricción a la que se enfrente la creatividad estimula la búsqueda de soluciones artísticas superiores³⁸.

En suma, esta revisión crítica de la aplicación de la doctrina del *fair use* al arte de apropiación contribuye a poner de manifiesto los dos peligros funda-

³² KENLY (1993), págs. 1499-1500.

³³ KENLY (1993), págs. 1500-1501.

³⁴ CARLIN (1988), págs. 103-111, 135-136, 139 (en el sentido de justificar mejor la apropiación de obras de artistas fallecidos sobre los que aún pueden seguir creando y la de obras para una nueva creación singular en vez de múltiple).

³⁵ GREENBERG (1992).

³⁶ En lugar de muchos KRIEG (1984) págs. 1571-1574, 1578-1580, 1582-1584, en tanto que la doctrina del *fair use* es inherentemente hostil respecto del arte de apropiación, en pro de un retorno al principio constitucional de libertad de expresión; en una línea análoga QUENTEL (1996), pág. 51, en nota 72.

³⁷ KENLY (1993), págs. 1515-1525; en sentido análogo a la autora precitada *vid.* QUENTEL (1996), págs. 51, 64-65 y 70, quien sostiene la tesis de que la regla del *fair use* debería interpretarse como una suerte de licencia obligatoria.

³⁸ FISHMAN (2015), págs. 1393-1400. Es debido contrastar este trabajo con las contestaciones que recibió de otros autores, en particular de TUSHNET (2015), quien aboga por una presunción a favor de la libertad de creación; y BURK (2015), quien, desde un análisis económico del mercado, pone de manifiesto el enfoque paradójico de la tesis de Fishman.

mentales que este enfrenta para su validación tanto a nivel artístico como jurídico: mantener una definición formalista de lo que debe entenderse como arte discrimina y repudia el apropiacionismo como modalidad creativa, relegándola a la condición de copia o imitación; mientras que enjuiciar el valor de una obra derivada desde una visión utilitarista, a partir de cómo se explote en el mercado, lleva inevitablemente a reducir el propósito «transformativo» del uso que permite a la segunda obra justificar su libre existencia.

3.2. *La doctrina europea (en particular, alemana) en torno al arte de apropiación*

Hacemos referencia, en particular y por eficiencia, a la doctrina alemana que es la que ha conocido el grueso de los casos judiciales relativos al arte de apropiación en el ámbito europeo. Aunque con algunos matices, la línea general de pensamiento parte de tratar de encajar la obra apropiacionista en las categorías legales de cita o de parodia (entendida esta figura en un sentido amplio, esto es, no solo de comentario sobre la obra sino de la temática que representa) a efectos de justificar que sería de libre creación; de no ser ello posible, y ya en un segundo estadio, se procedería a compararla frente a la obra que es objeto de apropiación, de tal manera que si la segunda obra presenta un contenido creativo bastante —el cual se extrae de la información visual que es aprehensible de la misma— estaríamos ante una obra independiente y no ya derivada de la anterior. Ello resultaría claro en aquellos casos en los que la obra objeto de apropiación se desvanece en la segunda, que tan solo contiene un trazo apenas lívido de la primera (en aplicación de la bautizada como «*Bläsetheorie*» por los comentaristas de la jurisprudencia alemana), pero también en aquellos otros en los que la diferenciación visual no concurre, mas en los que se aprecia una finalidad artística propia, como ocurre en los supuestos de «homenaje» a otro artista —como la recreación de un escenario previo para transfigurar una obra pictórica en fotográfica: en su *Western Motel. Hommage to Edward Hopper* de 1991, el fotógrafo Dietmar Henneka reproduce la pintura de su honrado Hopper, fechada en 1957, escenificándola con una modelo real, con réplicas para construir la habitación, su mobiliario y enseres, con el mismo paisaje de fondo, con el pequeño guiño de colocar un coche mercedes en vez del vehículo original—; o bien cuando hay una duplicación de la obra original pero se la titula a modo de descargo que advierte de la autoría de la primera obra —como en la obra de Mike Bidlo *Not Picasso (Woman in Yellow 1907)* que el artista reprodujo ochenta años más tarde—; y todo ello, en suma, por cuanto este tipo de obras suponen un salto cualitativo respecto de una obra derivada³⁹.

³⁹ La doctrina alemana, en efecto, da buena cuenta de los casos en los que (generalmente fotografías) han sido incorporadas en obras de arte plásticas, o bien objeto de recreaciones: amplia y sistemáticamente MASSESSEN (2012), págs. 166-171, 173-178 (trabajo que resulta muy instructivo por la abundancia de casos que se ilustran con imágenes); en esta línea asimismo CHAKRABORTY (1997); KAKIES (2007); BLUME (2010); PEIFER (2012), págs. 99-112; GABLER (2018); BAUER (2020); DREIER/JEHLE (2020), en el que la cuestión se aborda desde distintas facetas por varios autores, todas ellas convergentes en el sentido apuntado; análogo posicionamiento desde la reflexión filosófica respecto del arte de apropiación *vid.* REBELMUND (1999). Frente a esta visión *cfr.* el posicionamiento algo más restrictivo de SCHACK (2024), particularmente claro en págs. 169-174 quien se inclina ante la duda por considerar la obra apropiacionista como derivada.

3.3. *Las reclamaciones provenientes del sector artístico*

En breve por razones de espacio pero de modo destacado con epígrafe propio debido a su relevancia: desde el mundo artístico se ensalza el arte de apropiación como uno de los motores del arte del siglo XX, por su capacidad para cuestionar el mundo que habitamos así como por su idoneidad para reflejar la naturaleza propia de la práctica artística y, más allá, de otros procesos culturales; cortarles las alas sería contraproducente para la sociedad en su conjunto. Es, pues, desde esa plataforma que se reclama certidumbre jurídica para que los artistas puedan saberse libres a fin de poder crear a partir de las obras de terceros⁴⁰.

También los juristas se han mostrado sensibles a esta aproximación, cuando se suman a quienes sostienen que una aproximación *ab initio* en contra del arte de apropiación tan solo define el conflicto en torno a artistas de renombre que deseen utilizar obras de terceros, por la sencilla razón de que se lo pueden permitir: ya sea pagando al artista original o a los abogados que le defiendan en juicio. En cambio, los artistas noveles o aún no consagrados, se verán abocados a utilizar obras en el dominio público o, directamente, a cambiar de tema⁴¹.

3.4. *Hacia un cambio de paradigma*

Por lo que hace al tratamiento del arte de apropiación desde el Derecho español, me parece harto forzado incardinarlo, en línea de principio, en las excepciones de uso inocuo que regulan la cita y, como extensión de esta, la parodia, del mismo modo que considero inapropiado el recurso a la figura del pastiche. Para empezar, concuerdo con nuestra mejor doctrina que estos límites no son susceptibles de interpretación extensiva⁴². Desde esta perspectiva, no parece factible amparar al arte de apropiación ni bajo la figura de la cita ni bajo la propia de la parodia, como tampoco del pastiche. Por lo que hace a la primera, el arte de apropiación no tiene en sí fines didácticos o de investigación (al menos no en el sentido estricto) ni parece dable obligar al artista a hacer en su obra una referencia literal y completa al autor primigenio; por lo demás, muy rara vez el artista se apropia de otra para ilustrarla, reseñarla, glosarla o disertar sobre esta⁴³, del mismo modo que la apropiación no se realiza a modo de cita ornamental⁴⁴. De su parte y por lo que se refiere a la parodia, estimo que la referencia en la obra secundaria a la primigenia no se hace a modo de imitación burlesca (como reza nuestro diccionario de la RAE, asimilándola a la burla, caricatura, imitación, remedo, copia, pantomima o simulacro) sino para articular un discurso que tras-

⁴⁰ En particular y en lugar de muchos: Gabriel G. ANDÚJAR en AAVV (2008), pág. 31; ESGUEVA/NICOLAU (2019), pág. 230.

⁴¹ KENLY (1993), págs. 1506-1507. Entre nosotros, tendente a una comprensión abierta hacia la libertad creativa SÒRIA (2021), págs. 208, 296 y 297.

⁴² SÁNCHEZ-ARISTI, en BERCOVITZ (2017), págs. 306-308.

⁴³ Ello no obstante, comparto la posición de nuestra mejor doctrina cuando aboga por una interpretación amplia del concepto «fines de investigación» SÁNCHEZ-ARISTI (1999), pág. 496, para las obras musicales- y más recientemente, la de MORALES (2024), defensora *de lege ferenda* de una liberalización de la configuración legal del derecho de cita que en la actualidad se halla lastrado por la necesaria aplicación de la cita con fines exclusivamente docentes o de investigación, lo que reduce el ámbito del uso inocuo u honrado.

⁴⁴ Como si fuera «un cuadro dentro de un cuadro», tal como vivamente describe ESTEVE (2021), págs. 11-17, 24-28. En efecto, una cita ornamental no está amparada por el límite legal por cuanto carece de finalidad docente o de investigación.

ciende la obra primigenia, ya sea de carácter político-social o puramente artístico (aspecto en el que hemos abundado en las líneas anteriores). Por lo demás, en lo que hace al pastiche, una obra apropiacionista no se explica como un mero reciclaje de otra anterior, como tampoco a modo de remezcla o simple compilación de elementos traídos de obras ajenas ni, en fin, como un homenaje a un autor previo sin una reflexión diferenciada y dotada de una identidad propia⁴⁵.

Así pues y siempre a mi juicio, el tratamiento más riguroso del arte de apropiación debe ventilarse por lo general en el ámbito estricto del derecho de transformación, de modo que su consideración positiva solo puede argumentarse mediante una defensa de la obra apropiacionista como una creación libre, esto es, no como una obra derivada que requiere la autorización del artista primigenio; o si se prefiere: la obra apropiacionista no es una obra que responda a un «uso transformativo» de la anterior, sino a un uso que parte de un planteamiento propio y diferenciado que utiliza como excusa o pretexto a la obra primigenia. Ahora bien, para que este postulado pueda prosperar, es preciso que se cumplan todos y cada uno de los siguientes presupuestos:

En primer lugar, el arte de apropiación ha de estimarse en un sentido muy estricto, como tuvimos ocasión de exponer (nos remitimos a lo señalado *supra sub II.1*).

En segundo lugar, el análisis ha de abordarse caso por caso, partiendo de una comparación objetiva entre la obra anterior y la apropiacionista, cotejo que ha de efectuarse desde una perspectiva estrictamente formal y desde el criterio de un observador razonable: hay que «ver» (como diría John Berger) las dos obras en su conjunto, no se trata aquí de cuánto se ha «copiado». Por consiguiente, se trata de atender prioritariamente a la configuración y composición de las obras en confrontación, no tanto a su mérito artístico respectivo; nótese que, en último término, uno de los principios que informan el Derecho de autor es animar la producción de nuevos formatos y lenguajes o, cuanto menos, no contribuir a cercenarlos. Por consiguiente también, en la comparación de las obras no debe atenderse a quién las ha creado ni con qué finalidad lo ha hecho, pues esta circunstancia, en todo caso, ha de tener su peso específico en otro momento.

En tercer lugar, hay que delimitar razonablemente en qué nicho de mercado se desenvuelven las obras a efectos de determinar su compatibilidad objetiva. Ello implica observar a las obras en cuestión (no obstante su carácter artístico) como si de bienes económicos se tratara y determinar, desde un criterio de sustituibilidad, si las mismas subvienen o no una necesidad similar. Difícilmente, entiendo, una obra apropiacionista servirá de reemplazo de la anterior (¿acaso la Reina Mariana pintada por Velázquez podría ser apeada de su lugar en el museo del Prado (entre otros) para colgar en su lugar las de Valdés, por muy valiosas que estas sean?); si lo fuera, en tal caso hablaríamos en rigor de una reproducción de la obra anterior. En esta misma línea de pensamiento, no concuerdo del todo con la posición de aquellos autores que defienden una suerte de compensación al autor primigenio en tanto en cuanto la obra apropiada le pueda impedir el seguir explotando su obra en el mercado que le es propio o en mercados conexos (piensen por un momento... si Uds. tuvieran a la vista, una al lado de la otra,

⁴⁵ Sobre la figura del pastiche, véase ampliamente CAÑERO (2021), especialmente en lo que aquí interesa págs. 277-278.

dos camisetas: la una con la foto en blanco y negro de Rogers, la otra reproduciendo la escultura de Koons en color...¿acaso no las distinguirían?). La obra apropiacionista, a mi entender, no se alza como una barrera de mantenimiento en el mercado que le es propio o de entrada en otros potenciales nichos para el autor cuya obra convoca para recrearla. En todo caso, si así fuera, y siempre a mi humilde entender, esta circunstancia debería ser objeto de demostración por parte del artista cuya obra es objeto de apropiación, y siempre sobre la base de datos tangibles y concretos. De lo anterior también que no entienda de recibo tomar en consideración la ganancia económica que el autor apropiacionista pueda obtener de la explotación de su obra en el mercado: no puedo compartir la reclamación desafortunada de la fotógrafa Lynn Goldsmith —cuyo trabajo respeto, por otra parte, y en mucho— consistente en obtener un porcentaje de los beneficios de la Fundación Warhol por la venta de sus obras de la serie *Prince*. No ha trascendido lo que pudo obtener la artista como indemnización tras ganar el proceso, pero yo no le habría ofrecido inicialmente más que la actualización de lo que cobró en su momento multiplicado por el número de serigrafías que, según su alegato, se hicieron sin su consentimiento.

En cuarto lugar y como colofón del análisis debería recurrirse a la finalidad con la que se realizó la obra apropiacionista. Mantenerse exclusivamente en una comparación formal entre dos obras que, por definición, guardan cierta semejanza, nos llevaría a defenestrar la obra nueva de modo radical cuando, en el plano artístico, lo que la califica como obra de arte es precisamente esto: la apropiación es una operación compleja de aproximación entre dos obras en su parecido o aspecto exterior, a efectos de discutir la naturaleza misma de la representación⁴⁶. Así las cosas, la explicación finalista de la obra apropiacionista es útil para desmarcarla del contexto de la obra original y disociarla respecto de esta. En la medida en la que la nueva obra se diferencie y distancie de la original, su creación ha de presumirse, en principio, de libre ejecución por consistir en una obra única, con referentes desde luego, pero singular en sí misma. Sobre lo anterior, si resulta que esa finalidad implicase también una cita o bien una parodia o un pastiche de la obra primigenia, el uso libre de la obra resultaría todavía más reforzado.

V. CONCLUSIÓN: *IN DUBIO PRO ARTIS*. HACIA UNA COMPRENSIÓN PONDERADA DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN A FAVOR DEL ARTE DE APROPIACIÓN

Si he llegado a ver más lejos, es porque me subí a hombros de gigantes, le escribía Isaac Newton a Robert Hooke en 1676⁴⁷... no se ha ocultado que este trabajo parte de una estimación positiva hacia el arte de apropiación; ahora bien, desde una comprensión muy estricta de lo que debe entenderse por este: obras que apelan a obras anteriores como campo de una reflexión auténtica por individual e irrepetible, una cavilación en la que se enraíza la originalidad particular de la nueva obra. La apropiación no es pues, sin más, un método de producción,

⁴⁶ Conforme QUENTEL (1996), págs. 52, 54.

⁴⁷ La expresión se atribuye generalmente a Bernardo de Chartes, aunque Umberto Eco la adjudica a Guillaume de Conches.

sino un medio para una construcción artística diferenciada y dotada de un significado singular.

Así entendida y siempre a mi juicio, partiendo de una apreciación rigurosa del ordenamiento, el arte de apropiación no puede ampararse *ex ante* en los supuestos que actúan como límites al derecho de autor, a saber: en la cita, la parodia o el pastiche. En efecto, la delimitación legal de estos (al menos en el ámbito español) no calza el pie del apropiacionismo, necesitado de una forma propia, mas ello no lleva en este trabajo a postular *de lege ferenda* la elaboración de una exclusión específica. Ni hace falta ni deben forzarse los límites establecidos.

Así pues, y a diferencia de otras construcciones doctrinales más posibilistas, la aquí sostenida se abnega a los contornos del derecho de transformación para postular que, cuando el arte de apropiación es, en verdad, arte de apropiación (esto es, una obra que desde su apreciación formal y su finalidad, se ha desvinculado de la que toma como referencia), ya no ha de tenérselo por obra derivada sino por una creación cuya ejecución ha de presumirse libre, de tal modo que correspondería al autor cuya obra es objeto de apropiación demostrar, con argumentos sólidos y concretos, que el acto (creativo) del segundo autor lesiona sus derechos morales y/o de explotación sobre su obra en el mercado para el que fue concebida o en mercados naturalmente conexos, situación que, en principio, y aunque susceptible de ser planteado en teoría, me parece más bien insólita.

La convivencia de ambas obras en el universo artístico y en el mercado no debería resultar, en línea de principio, apelable, pues en ausencia de una visión liberal, el resultado no sería otro que poner en manos del artista primero una cizalla para censurar las fuentes de las que otros puedan nutrirse para crear nuevos formatos y contenidos. En ausencia de una lesión real y verificable a los intereses morales y económicos del artista primero, en suma, no parece cabal la represión legal, *a priori*, del arte de apropiación: ni desde su calificación como mera reproducción de una obra ajena ni tampoco como de obra derivada, en ambos casos necesitadas de autorización por parte del autor primigenio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (2008), «Apropiacionismo: todo lo mío es tuyo», *Exit Express* núm. 38, págs. 14-32.
- ADLER, Amy (2023), «The Supreme Court's Warhol Decision Just Changed the Future of Art», *ARTNews*, 26 de mayo de 2023.
- BAUER, Eva-María (2020), *Die Aneignung von Bildern. Eine urheberrechtliche Betrachtung von der Appropriation Art bis hin zu Memes*, Nomos, Baden-Baden.
- BERCOVITZ, Rodrigo (Coord.) (2017), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed.
- BERTHET, Dominique (Dir.) (1996), *Art et Appropriation*, Ibis Rouge, Guadeloupe, Guyane.
- BLUME, Anna (2010), *Appropriation Art-Kunst an den Grenzen des Urheberrechts*, Nomos, Baden-Baden.
- BUCHLOH, Benjamin H. D. (1982), « Allegorical Procedures: Appropriation and Montage in Contemporary Art », *Artforum*, septiembre 1982, pp. 43-56.
- BURK, Dan L. (2015), «The "Creating Around" Paradox. Responding to Joseph P. Fishman, Creating Around Copyright, 128 Harv. L. Rev. 1333 (2015)», *Harvard Law Review*, vol. 128, págs. 118-124.

- BUSKIRK, Martha (1992), «Commodification as Censor: Copyrights and Fair Use», October, Spring 1992, vol. 60, págs. 82-109.
- CAÑERO, Ana Isabel (2021), «*Fanfiction*, parodia y pastiche en el Derecho Español», ADI 40 (2019-2020), págs. 267-282.
- CARLIN, John, (1988), «Culture Vultures: Artistic Appropriation and Intellectual Property Law», *Colum.-VLA Journal of Law&Arts*, núm. 13, págs. 103-144.
- CHAKRABORTY, Martin (1997), *Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht*, Nomos, Baden-Baden.
- CRIMP, Douglas (1993), *On the museum's ruins*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts/London, England.
- DE BARAÑO, Kosme (2023), «Manolo Valdés y la Historia del Arte», en *Damas y Caballeros, Manolo Valdés*, Estudios Artika Books, Barcelona, 2023, págs. 42-59.
- (1998) «Alrededor de la Suite 156 de Pablo Picasso», en *Picasso Suite 156*. Catálogo, BBV/Artes Gráficas Elkar, Bilbao.
- DREIER, Thomas/JEHLE, Oliver (2020), *Original-Kopie-Fälschung (Hrsg.)*, Nomos, Baden-Baden.
- ESGUEVA, Victoria/LÓPEZ, Nuria (2019), «Apropiacionismo en el arte, la legitimidad de la imagen sustraída», Comunicación. IV Congreso Internacional de Investigación en Artes Visuales ANIAV 2019.
- ESTEVE, Asunción (2021), «Cita y apropiación artística: insuficiencias de la Ley de Propiedad Intelectual española frente al Convenio de Berna y el Derecho Europeo», *InDret*, núm. 3, págs.. 1-37.
- EVANS, David (ed.) (2009), *Appropriation*, Mit Press, Massachusetts.
- FISHMAN, Joseph P. (2015), «Creating Around Copyright», *Harvard Law Review*, vol. 128, vol. 5, págs. 1333-1404.
- GABLER, Mariella (2018), *Die urheberrechtliche Drittnutzung zwischen Vervielfältigung, Bearbeitung und freier Benutzung*, Nomos, Baden-Baden.
- GREENBERG, Lynne A. (1992), «The Art of Appropriation: Puppies, Piracy, and Postmodernism», *Cardozo Arts&Entertainment Law Journal*, vol. 11, págs. 1-33.
- JIMÉNEZ, Noemí (2024), «El “uso transformador” de las empresas de IA: entre la libertad creative y los derechos de propiedad intelectual», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 40, págs. 1-11.
- KAKIES, Celia (2007), *Kunstzitate in Malerei und Fotografie*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München.
- KAROL, Peter J. (2023), «After Warhol. The transformative impact of Warhol v. Goldsmith», *Artforum*, 5 de junio de 2023.
- KENLY, Ames E. (1993), «Note *Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appreciation*», *Columbia Law Review* vol. 93, 1993, págs. 1473-1526.
- KRAUSS, Rosalind E. (1984), *The Originality of the Avant-Garde and Other Modernist Myths*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts/London, England.
- KRIEG, Patricia (1984), «Note. Copyright, Free Speech, and the Visual Arts», *The Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, págs. 1565-1585.
- LANDES, William M. (2000), «Copyright, Borrowed Images, and Appropriation Art: An Economic Approach», *George Mason Law Review*, vol. 9, 2000, págs. 1-24.
- LÓPEZ, Victoria/LÓPEZ, Nuria (2019), «Apropiacionismo en el arte, la legitimidad de la imagen sustraída», IV Congreso Internacional de Investigación en Artes Visuales, ANIAV, <http://dx.doi.org/10.4995/ANIAV.2019.9094>
- MAASSEN, Wolfgang (2012), «Plagiat, freie Benutzung oder Kunstzitat?. Erscheinungsformen der urheberrechtlichen Leistungsübernahme in Fotografie und Kunst», en SCHIERHOLZ, Anke/MELICHAR, Ferdinand, *Kunst, Recht und Geld. Festschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburtstag*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, págs. 135-178.
- MARZORATI, Gérald (1986), «Art in the (Re)Making», *ARTNews*, May 1986, pp. 90-99.
- MORALEJO, Nieves, (2024), «Los contornos del límite de cita como excepción al derecho exclusivo de reproducción del autor de una obra protegida por la propiedad

- intelectual (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 724/2023, de 16 de mayo)», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, Tomo LXXVII, fasc. I (enero-marzo), págs. 311-352.
- PEIFER, Karl-Nikolaus (2013), «Appropriation und Fan Art-geknebelte Kreativität oder klare Urheberrechtsverletzung», en WÖHRN, Kirsten-Inger/BULLINGE, Winfried, *Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70*, De Gruyter, Berlin.
- PRADA, Juan Martín (2001), *La Apropiación Posmoderna. Arte, Práctica Apropiacionista y Teoría de la Posmodernidad*, Fundamentos, Madrid.
- QUENTEL, Debra L. (1996), «Bad Artists Copy. Good Artists Steal: The Ugly Conflict Between Copyright Law and Appropriationism», *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 4, 1996, págs. 39-80.
- RAVELO, Fernando J. (2022), *La secuela en el marco de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid.
- REBELMUND, Romana (1999), *Appropriation Art, die Kopie als Kunstform im 20. Jahrhundert*, Peter Lang, Frankfurt am Main-Berlin-Bonn-Bruxelles-New York-Wien.
- RÖMER, Stefan (2009), «Appropriation Art», en BUTIN, Hubertus (ed.), *Diccionario de Conceptos de Arte Contemporáneo*, Madrid, Abada, págs. 11-14.
- ROSÉN, Jan (2020), «Novelty, Idea or New Meaning as Criteria for Copyright Protection?. Transitions in Swedish Design Law». SCCL (Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok) Publications, XI, 1.1.2020, págs. 349-362.
- SÁNCHEZ-ARISTI, Rafael (1999), *La propiedad intelectual sobre obras musicales*, Comares, Granada.
- SCHMITZ-EMANS, Monika (2012), «Dasselbe, Anders: Borges und die Appropriation Art», en GILBERT, A. (ed.), *Wiederaufgelegt. Zur Appropriation von Texten und Büchern in Büchern*, Transcript-Verlag, 2012, págs. 123-137.
- SEARLE, Adrian, «Elaine Sturtevant: queen of copycats», *The Guardian*, 1 de julio de 2013.
- SCHACK, Haimo (2024), *Kunst und Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 4ª edición.
- SÒRIA, Eva (2021), *Arte Contemporáneo y Derechos de Autor*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona (UAB).
- TUSHNET, Rebecca (2015), «Free to Be You and Me? Copyright and Constraint», *Harvard Law Review*, vol. 128, págs. 125-136.