

En el presente artículo, el autor realiza un análisis de los derechos de autor en referencia al caso especial de los grafitis artísticos y las distintas controversias que pueden presentarse por la titularidad de los derechos morales y los patrimoniales involucrados en ellos. Así, en base a un estudio comparado, se plantea una posible regulación que permita dar solución a dichas controversias.

¿EL DERECHO DE AUTOR PROTEGE LOS GRAFITIS?

Reflexiones a propósito de la imagen del «Súper Papa»



Renzo E. Saavedra Velazco*

1. PREMISA

Confieso que no me considero un apasionado del estudio del derecho de autor. A pesar de tal circunstancia, en las últimas semanas seguí, a la distancia pero con interés, la historia detrás de la filtración del guión de la película de *«The hateful eight»* y las novedades en torno a un grafiti que recoge una imagen idealizada del papa Francisco. Ciertamente, las diferencias entre los citados acontecimientos son significativas, al punto que en ciertos puntos son auténticamente sustanciales, comparten un elemento común: implican lesiones o infracciones al componente moral del derecho de autor.

Los datos son relativamente sencillos. En el primer caso, se sabe, gracias a las declaraciones de Tarantino, que el cineasta repartió el borrador del libreto de lo que (en ese entonces) iba a ser su próxima película a seis personas; desafortunadamente para sus intereses una de ellas entregó el guión a quien no debía (o no lo custodió como debía) y el documento terminó en Internet. Por su parte, en el caso del grafiti del papa Francisco (al cual los medios denominaron el «Súper Papa») se sabe que fue realizado por el artista urbano Maupal, quien desarrolló su trabajo en una calle cercana a la Plaza de San Pedro, atrayendo así la atención de los turistas, medios de comunicación y del propio Vaticano. Lo interesante, por lo menos para el propósito del presente artículo, es que a los pocos días la imagen fue borrada por la empresa municipal de limpieza de Roma.

Hasta aquí la fría descripción de los hechos. A continuación, sintetizaré el razonamiento típico o usual de la doctrina y legislación comparada en lo relativo a las manifestaciones del derecho de autor e indicaré cómo los hechos reseñados se subsumirían en infracciones concretas.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Análisis económico del Derecho y Derecho Civil en la PUCP y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Magister en Derecho de empresa, mención en Derecho del Mercado, por la UPC. Asociado del Estudio Osterling. Miembro de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE) y de la *American Society of Comparative Law*. Árbitro inscrito en la nómina del Centro de Arbitraje PUCP.

No cabe duda que en el caso de la filtración del libreto se vulneró el derecho moral de autor en su manifestación de divulgación. Como a cualquier otro autor, el sistema jurídico le reconoce a Tarantino la prerrogativa de decidir si difundir –o no– su obra (el libreto) y en caso optase por divulgarla tenía la prerrogativa de elegir el mecanismo y la fecha en que ello sucedería. Ambas prerrogativas, manifiestamente, le habrían sido expoliadas por quienes filtraron la obra. Por su parte, en el caso del Súper Papa, también se infringiría el derecho moral de autor de Maupal, nada más que en su manifestación de integridad. En principio, el autor es el único autorizado a decidir si su obra se ve modificada o destruida.

En este punto del discurso surge una incógnita válida: ¿Los casos se resolverán con la aplicación inmediata de las ideas esbozadas en el párrafo precedente? Si se me permite ser enteramente honesto, tiendo a pensar que la solución de estos casos resulta más compleja de lo que sugiere la lectura superficial de los hechos.

Regresemos un momento a los hechos. Si bien Tarantino decidió compartir limitadamente el borrador del libreto, esto no puede interpretarse como una decisión de divulgación. La razón: La conducta de Tarantino era únicamente el medio por el cual el cineasta intentaba captar a los profesionales necesarios para concretar su obra (tanto para filmar la película, como para la labor de redacción del proyecto de guión). Ante ello, valdría la pena destacar la multiplicidad de vías por las que puede lesionarse el derecho de un autor e incluso las repercusiones de tales infracciones, las cuales podrían perjudicar no sólo el futuro rendimiento económico de la obra, sino que podrían (como en este caso) frustrar su culminación (el cineasta declaró que no hará la película en el corto plazo y que no terminará de escribir el libreto).

El caso aludido es interesante porque debiera reforzar la idea de que la tutela a

ser dispensada no se circunscribe a la obra culminada, antes bien alcanza incluso a los proyectos y borradores, siempre y cuando cumplan el requisito de originalidad. En efecto, la protección que recibe el titular de una creación intelectual no se liga a si la obra se encuentra o no culminada, sino a la comprobación de si la creación (o el proyecto de creación) satisface el requisito de originalidad y si en ella se percibe la impronta de la personalidad del autor. Esta constatación me parece de enorme importancia, lamentablemente por razones de espacio me limitaré a expresarla y no a extenderme más allá.

El razonamiento explicaría por qué Google amparó, parcialmente, la solicitud de Tarantino de eliminar los resultados que llevaran al guión filtrado.

El análisis del grafiti es más complejo. Antes que nada, entiendo por grafiti a toda obra que se realiza en un espacio que permite su exhibición pública y que no fue autorizada o solicitada por quien es el titular del soporte físico (si lo hubiese sido se trataría de una modalidad de obra por encargo)¹, más que una técnica en sí alude al movimiento artístico o de intervención en las áreas urbanas para la trasmisión de un mensaje (obviamente no incluye las imágenes o grafitis con finalidad vandálica o al grafiti que se limita a consignar el nombre o seudónimo de quien lo realizó). En virtud a la forma en que se produce la obra surgen preguntas tales como: Si se trata de una obra ejecutada sobre un bien ajeno

1 La realidad es más compleja. En algunos países los propietarios o las autoridades liberan espacios urbanos a fin de que sean utilizados como enormes lienzos de grafitis. Sobre el punto puede consultarse la web-page: www.antidesigns.com/legalgrafwalls.php.

La autorización o la realización de obras con técnicas asociadas al grafiti pero con autorización o realizada en un espacio privado queda fuera de la definición de grafiti en el presente trabajo. Admito, sin embargo, que el asunto es discutido incluso al interior de este movimiento; prefiero una interpretación más restrictiva con la intención de subrayar los conflictos jurídicos.

sin la anuencia del titular, ¿Es posible protegerla?, ¿Las prerrogativas del propietario del soporte físico se ven limitadas por un acto no deseado y no solicitado?, ¿Los componentes morales y materiales del derecho de autor se ven limitados o restringidos? y, de ser así, ¿Hasta qué punto?, etc.

Nótese que las dudas no son gratuitas. Si quien realiza un grafiti –asumiendo que cumple con lo estipulado en la ley de derechos de autor– tiene las mismas prerrogativas que cualquier otro autor, esto significaría que su conducta no solicitada tendría la aptitud de imponer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad de terceros, quienes luego no podrían –unilateralmente– eliminar o modificar la obra. Asimismo, los autores podrían exigir el pago de regalías si su obra es explotada o vendida; o podrían exigir el reconocimiento de su paternidad; etc. Tal vez haya quien piense que exagero y que sugiero escenarios inverosímiles, curiosamente la realidad nos demuestra lo contrario.

Por ejemplo, es evidente que la empresa de limpieza de Roma consideró que Maupal no tenía ninguna prerrogativa sobre su obra. De la misma manera, hace unos años un artista peruano, José Carlos Martinat, removió –sin autorización de los respectivos autores– grafitis ubicados en diversas zonas de Buenos Aires². La intención de Martinat era realizar luego una exhibición y ofrecer en venta las imágenes, esta conducta generó una reacción negativa de varios artistas urbanos argentinos, quienes en la inauguración de la exposición destruyeron las obras que se recolectaron³. Con esto quiero evidenciar

2 La remoción importaba extraer secciones de muros donde se habían realizados los grafitis. Hasta donde he podido investigar, Martinat solicitó la autorización de los propietarios y los compensó por el retiro de parte de los muros. En la exhibición se mostraba al público las secciones de los muros retirados.

3 La historia tuvo un interesante rebote mediático, excepto desde luego en el Perú, al punto que existen textos publicados en revistas especial-

cómo debates tradicionales del derecho de autor, en especial los ligados a los componentes morales, pueden (y deben) ser revisitados a la luz de las nuevas manifestaciones artísticas.

Volvamos al guión de Tarantino. En este caso, en especial luego de la demanda contra Gawker Media LLC, la compañía desde cuya página se difundió el libreto, se suscitó una fuerte reacción a favor del cineasta. Dicha reacción se explica, probablemente, por la identidad del afectado, el potencial impacto económico de la filtración o por el hecho que se trataba de una obra aún no culminada. Si bien considero que todos estos factores influyeron en la reacción, creo que otro factor relevante es que se trata de una obra que todos reconoceríamos como tal.

“¿El caso del grafiti del papa es tan distinto? Estoy convencido que la mayoría de personas no se detuvo a evaluar si podía eliminarse la imagen sin autorización de su autor y menos aún si este podía eventualmente exigir algún resarcimiento. Sospecho que las razones que sustentan esta indiferencia giran en torno al medio físico que le sirve de soporte (lo cual expresa su cortísima expectativa de vida), la ilicitud de su origen o la dificultad de la estimación del valor de la obra”

Honestamente, creo que las consideraciones enunciadas exigen un trato diferenciado pero no me animaría a afirmar que la solución de estos casos se condensan en una dualidad absoluta: Vale decir, entre la protección o la desprotección de la obra. Adviértase que la reacción en los casos reseñados es exactamente

izadas donde se evalúa el comportamiento del artista peruano y el margen de protección de los artistas urbanos. Sobre el punto me remito, por ejemplo, a Smith, Cathay Y. N., *Street art: An analysis under U. S. Intellectual Property Law and Intellectual Property's negative space theory*, en *DePaul Journal of Art, Technology and Intellectual Property Law*, vol. XXIV, núm. 2, 2014, pp. 259 y ss.

esta. ¿Acaso no ha llegado el momento de buscar soluciones intermedias?

En las siguientes páginas abordaré las peculiaridades de la configuración del derecho de autor que tienen un impacto significativo al momento de examinar la responsabilidad por su lesión. Luego regresaré al graffiti, clasificaré sus manifestaciones y esbozaré un potencial régimen de protección jurídica.

2. CONFIGURACIÓN, CONTENIDO Y MANIFESTACIONES DEL DERECHO DE AUTOR EN EL CIVIL LAW Y EN EL COMMON LAW

El derecho de autor se ve continua y fuertemente afectado por el descubrimiento o desarrollo de una nueva tecnología. Indudablemente, el impacto no siempre resulta positivo. A menudo la tecnología enriquece los medios que pueden emplearse para la creación intelectual pero en la misma medida, y de un modo contradictorio, estos medios favorecen la lesión de las obras.

Se ha recorrido un largo itinerario desde el otorgamiento, en la segunda mitad del siglo XV⁴, de los primeros *privilegios* destinados a tutelar —explícita o implícitamente— la percepción privada de los beneficios anexos a la comercialización de las creaciones

4 Si bien admito que en épocas anteriores existía cierto grado de reconocimiento sobre las creaciones, dicha protección se otorgaba en un sentido restringido y casi exclusivamente frente a actos contrarios a lo que en la actualidad se denomina «paternidad». Empero, esta protección se explicaba por la superposición entre la posesión de la creación y la titularidad sobre el derecho referido a la creación, sumado al hecho que en esos tiempos la reproducción masiva de una obra era impensable. Consecuentemente, los creadores recibían una mayor compensación a lo que se añadía el reconocimiento social anexo a la trascendencia de la creación.

En términos un tanto más simples, los creadores retenían para sí la mayor parte de los beneficios anexos a la creación y no por las bondades de la normativa, sino por los impedimentos tecnológicos para distraer del creador los beneficios económicos de la obra.

intelectuales, compensando las inversiones y gastos ligados a la labor creativa⁵. Dicho reconocimiento devino, poco después, en la atribución de prerrogativas dirigidas a forzar a los terceros interesados en la difusión o en la explotación de la obra a obtener la autorización de los creadores o de quienes ostentaban tal prerrogativa (los titulares del componente patrimonial). En la actualidad, se admite sin reparos la necesidad de recabar el permiso de los autores para que las obras inéditas sean publicadas, además, estos tienen atribuciones que se extienden más allá de este estrecho límite. Creo que ello refleja un punto de inflexión en la compleja relación entre derecho y tecnología.

Empero, son los primeros reconocimientos los que generaron⁶ —o tornaron perceptible— una dualidad en la titularidad ostentada por los creadores intelectuales. En efecto, en los sistemas comparados resulta usual que alguno de los formantes jurídicos (si es que no todos) admitan la presencia de elementos patrimoniales y no-patrimoniales al interior de la titularidad asignada en favor de un autor. Curiosamente, las expresiones iniciales de tutela jurídica se centraron en la reivindicación de la paternidad, aunque reconozco que la principal razón por la que se les otorgó esta protección guardaba una fuerte relación con la defensa de los beneficios de índole patrimonial que la obra confería al autor.

La tutela jurídica otorgada al componente no-patrimonial del derecho de autor se explica en el hecho que la obra resulta ser una extensión o reflejo de la personalidad del autor⁷ y por ende se erigía, en este extremo,

5 Cfr. RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, undécima edición, tercera reimpression, Jovene, Nápoles, 1997, pp. 177-178.

6 GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, séptima edición, Edizioni Scientifiche italiane, Nápoles, 1998, p. 186.

7 FABIANI, Mario, voz *Autori (diritto di) I) Profili generali*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IV, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988, p. 1 (de la separata).

en una situación jurídica semejante a aquellas que tutelan la vida, la libertad, el honor, la salud, etc. En otras palabras, dado que la creación intelectual incorpora en sí misma a la personalidad de su autor (incluso llegando a identificarse con ella)⁸ merece una protección especial, con prescindencia de la existencia de un beneficio económico anexo a dicha titularidad o a su explotación.

La exacerbación del componente no-patrimonial devino en la formulación de aquella tesis que le reconocía absoluta prevalencia sobre el componente patrimonial, el cual resultaba eventual, contingente o a lo sumo complementario. Dentro de este espectro de opiniones se encuentra la teoría monista propuesta por Otto Von GIERKE, la denominada *Urheberpersönlichkeitsrecht* (o derecho de la personalidad del autor). Esta teoría sugería una inescindible relación entre la personalidad del autor y su creación, llegando a fusionarse tanto la génesis, como la existencia de la obra⁹ (característica que también hoy suele asignarse a las creaciones protegidas por el derecho de autor).

Por su parte, en lo relativo al componente patrimonial del derecho de autor, existen corrientes de opinión que intentaron explicarlo (o definirlo) como un derecho de propiedad¹⁰, como un derecho a tener un monopolio¹¹ o bien como un derecho sobre

un bien inmaterial¹² diverso a la personalidad del autor.

En el *Common Law*, la construcción de una tutela jurídica dirigida a las creaciones intelectuales tuvo un punto de partida distinto, el alcance del *copyright* tenía (y tiene) por objeto asegurar al titular todas las ventajas o beneficios económicos que puedan ser susceptibles de apropiación. A fin de lograr tal propósito, se garantizaba la explotación exclusiva de dicha titularidad por un periodo limitado. El último dato es sumamente importante para comprender las diferencias en el régimen jurídico del derecho de autor existente en los países de Europa continental y en los sistemas adscritos al *Common Law*; podría decirse, casi cayendo en la sobre simplificación, que en los primeros el derecho de autor se fundamenta en la personalidad del creador, mientras que en el *Common Law* es sencillamente un producto de propiedad de un sujeto, por lo que se debe proteger como tal¹³.

El devenir de la legislación estadounidense es interesante porque denota, con gran claridad, la influencia recíproca entre las tradiciones del *Civil Law* y el *Common Law*, además del papel de la uniformización jurídica a través de tratados. A efectos del presente estudio me limitaré a las disposiciones promulgadas o implementadas a partir del 1976, toda vez que antes de esa fecha existía en Estados Unidos un sistema dual. Por un lado, la norma federal exigía el registro de la obra para dispensar protección jurídica al titular y, por otro lado, las

8 CANDIAN, Aurelio, *Il diritto di autore nel sistema giuridico*, Istituto editoriale Cisalpino, Milano-Varese, 1953, p. 16, quien señala precisamente que: «La idea es un modo o aspecto de la persona y, como consecuencia, las normas legales que textualmente protegen el derecho de autor no son más que una especificación del aparato legal que tutela a la persona».

9 DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo continuado por Luigi Mengoni, vol. IV, segunda edición revisada y aumentada, Giuffrè, Milán, 1982, p. 584.

10 Teoría de la cual rinde cuenta IUDICA, Giovanni y ZATTI, Paolo, *Linguaggio e regole del diritto privato*, sexta edición, Cedam, Padua, 2005, p. 483.

11 Si bien de manera temporal debido a que de lo

contrario se afectaría –irrazonablemente– el progreso cultural y económico. Al respecto vid TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*, duodécima edición, Giuffrè, Milán, 1998, p. 701.

12 GAZZONI, Francesco, *op. cit.*, p. 59.

13 El argumento tiene sustento histórico. El titular de un *copyright* que constataba una lesión a su titularidad en el *Common Law* interponía un *writ of trespass on the case*. Este *writ* (el equivalente a una *actio*) era el aplicable cuando se tutelaba la propiedad de un individuo, diferenciándose de un *writ of trespass*, el cual se empleaba para proteger la integridad personal del afectado.

normas estatales referidas a las obras no registradas¹⁴. En este periodo de tiempo se promulgaron la *Copyright Act* de 1976 y la *Visual Artists Rights Act* de 1990, destinadas respectivamente a eliminar el sistema dual antes aludido y a otorgar a los artistas visuales derechos morales.

Para la creación del derecho moral el legislador estadounidense se sustentó ampliamente en la doctrina del *droit moral* y en la regulación de la Convención de Berna, la cual sólo fue aceptada por los Estados Unidos de América en 1989¹⁵. Entre las razones que dilataron la aprobación de la Convención se encontraba precisamente el reconocimiento de derechos morales¹⁶ aunque la realidad demostraba que varios Estados de la unión americana otorgaban dicha protección a los autores. Si bien la *Visual Artist Rights Act* (en adelante, «VARA») importaba un *enforcement* federal, una ventaja sustancial respecto de la normativa precedente, el inconveniente salta a la vista desde el propio título: Se limitaba a los trabajos de carácter visual definidos como pintura, dibujo, impresiones, escultura o imágenes fotográficas.

Las dificultades no quedan allí. La obra debe gozar de «*recognized stature*» para que el sistema jurídico otorgue al titular de protección frente a actos de destrucción, una exigencia que puede acreditarse mediante el testimonio de artistas, comerciantes de arte, curadores, coleccionistas u otras personas ligadas a la creación o apreciación de obras de arte. Al margen de ello

14 Ringer, Barbara, *First thoughts on the Copyright Act of 1976*, en *New York School Law Review*, vol. XXII, núm. 3, 1977, pp. 477 y ss., en particular pp. 482-483.

15 Bougdanos, Michelle, *The Visual Artists Rights Act and its application to graffiti murals: Whose Wall is it anyway?*, en *New York Law School Journal of Human Rights*, vol. XVIII, núm. 3, 2002, pp. 549 y ss., en particular pp. 551-552.

16 Sirota, Brett, *The Visual Artists Rights Act: Federal versus state moral rights*, en *Hofstra Law Review*, vol. XXI, núm. 2, 1992, pp. 461 y ss., en particular pp. 464-465.

otra de las ventajas de VARA se centra en fijar los remedios aplicables frente a su infracción: órdenes de cesación, el resarcimiento por daños efectivos (*actual damages*) y el resarcimiento bajo un esquema tabular (*statutory damages*); aspectos sobre los que regresaré más adelante.

Si bien la doctrina del *droit moral* fue introducida formalmente en el *Civil Law* durante el siglo XIX, no es menos cierto que para su génesis se apeló a todo un itinerario judicial de alrededor de doscientos años y a la filosofía hegeliana¹⁷. En efecto, el filósofo sostiene que la propiedad intelectual consistiría en los «[l]ogros, erudiciones, talentos y así por el estilo, [que] son, por supuesto, de propiedad de la mente libre y son algo interno y no externo a ella, pero aun así, expresándolos [el creador] puede encarnarlas en algo externo y enajenarlas»¹⁸; por lo que las creaciones retendrían aquel aspecto de la personalidad del autor con el que fueron infundidos, sin que interesara la venta de la obra que le sirve de soporte o su exteriorización.

El surgimiento del *droit moral*, sumado al planteamiento hegeliano, explica buena parte de la importancia que adquirió el componente no-patrimonial en los sistemas del *Civil Law*. Aspecto que lo diferenciaría de sus pares del *Common Law* en donde el énfasis se colocó inicialmente en el componente patrimonial; sin embargo, al consolidarse el liderazgo estadounidense en lo que a producción intelectual se refiere, los operadores jurídicos se vieron forzados a adoptar una regulación más tuitiva de los intereses de los creadores¹⁹.

17 Amin, Chintan, *Keep your filthy hands off my painting – The Visual Artists Rights Act of 1990 and the fifth amendment takings clause*, en *Florida Journal of International Law*, vol. X, núm. 2, 1995, pp. 315 y ss., en particular pp. 317-319.

18 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Philosophy of right*, traducción de T. M. Knox, Oxford University Press, Oxford, 1967, pp. 337-338.

19 No niego que en otras materias, sobre todo ligadas al componente patrimonial, el legislador

Por su parte, en el sistema jurídico peruano no se resalta el complejo panorama de la génesis y desarrollo del derecho de autor; en su lugar, solamente se hace hincapié en la adscripción de nuestra legislación a la teoría dualista, ignorando las razones que la motivan y el componente cultural detrás de esta elección (haciendo a un lado los incentivos a la creación). La dualidad en la configuración peruana del derecho de autor se percibe en la redacción del artículo 18° del Decreto Legislativo No. 822²⁰, Ley sobre el derecho de autor (en adelante, la «Ley»).

Dado este reconocimiento legal y a efectos de esbozar un régimen eficiente y coherente para la asignación de responsabilidad por infracción del derecho de autor, debemos concentrarnos brevemente en el objeto y en el contenido de los dos componentes del derecho de autor.

A estas alturas dudo que alguien ponga en discusión que el derecho de autor tiene por objeto a todas las obras del ingenio que se insertan en campos como la literatura, la música, las artes plásticas, el teatro, la

estadounidense ha optado a ir ampliando paulatinamente la protección a los creadores. Pienso, por ejemplo, en la *Copyright Extension Act* o, si se prefiere, la *Mickey Mouse Protection Act*, la cual extendió la protección para las obras por toda la vida del autor más 70 años (antes era de sólo 50 años), salvo los casos de obras que son creadas en el marco de una relación laboral (*corporate authorship*) cuyo plazo alcanzó los 120 desde la creación o 95 desde la publicación de la obra. Como es fácil intuir, la norma fue apoyada por los Estudios Disney para evitar que muchos de sus personajes cayeran en el dominio público (en particular Mickey Mouse).

Sobre el particular vid Grzelak, Victoria A., *Mickey Mouse & Sonny Bono go to court: The Copyright Term Extension Act and its effect on current and future rights*, en *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, vol. II, núm. 1, 2002, pp. 95 y ss.

20 Artículo 18.- El autor de una obra tiene por el sólo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la presente ley.

arquitectura, la fotografía, la cinematografía, la creación de programas de ordenador²¹ o, en fin, cualquier otra forma de creación intelectual que posea el carácter de originalidad y sea susceptible de divulgación (artículo 5° de la Ley).

Como se sabe, el requisito esencial para la calificación de una obra como pasible de tutela por el derecho de autor es la originalidad. Consecuentemente, era imperativo que el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) asumiera la responsabilidad de definir qué se entendía por «originalidad» para lo cual emitió un precedente de observancia obligatoria²². En síntesis, el Tribunal del INDECOPI señaló que la obra debía contener la impronta de la personalidad del autor, por mínima que sea dicha manifestación, y, además, debía ser una creación que no se subsuma del todo en el patrimonio cultural previo, ni debía presentarse como una mera descripción de la naturaleza de las cosas ni la aplicación mecánica de una técnica.

Naturalmente, no todo trabajo intelectual es susceptible de ostentar la calificación de *obra* (en el sentido técnico de la legislación). La originalidad, sin embargo, no se refiere al concepto o al argumento sintetizado en la obra, toda vez que a menudo las creaciones replican un conjunto más o menos homogéneo de ideas; sino que esta característica se debe manifestar en aquello que es el resultado de dicha actividad, vale decir, se evalúa cómo las ideas han sido incorporados o expresadas (artículo 8 de la Ley²³). No obstante los lineamientos

21 La única discusión radicaría en la conveniencia de mantener (o consignar) en el elenco de obras susceptibles de protección a través del derecho de autor a los programas de ordenador.

22 Me refiero a la Resolución No. 286-1998-TPI-INDECOPI emitida dentro del procedimiento entre Agrottrade S.R.Ltda. e Infutecca E.I.R.L.

23 Artículo 8.- Está protegida exclusivamente la forma de expresión mediante la cual las ideas

ofrecidos por la Ley y por el precedente de observancia obligatoria, todavía no es muy claro cómo se evaluarán las obras para establecer si son –o no– originales; por ello, considero necesario y oportuno apelar a la doctrina. Según una corriente de opinión, es posible evaluar la originalidad sobre la base de dos interpretaciones²⁴:

- La obra se protege por sí misma, es decir, por el resultado que el autor obtuvo al aplicar su labor intelectual (tesis subjetiva).
- La obra se protege sólo cuando brinda un verdadero nuevo aporte al mundo de la cultura, es decir, un *quid novi* (tesis objetiva).

Cuando el operador jurídico elige una de las tesis descritas asume, en mayor o menor medida, un conjunto de costos implícitos que no pueden ser soslayados. Los costos a los que me refiero se sintetizan en: (i) costos en la creación de obras intelectuales, (ii) costos en la verificación de la originalidad y (iii) costos en la administración del sistema de derechos de autor. A manera de ejemplo, si se siguiese la tesis objetiva, solamente podría brindarse protección a las obras que aporten de manera tangible a la cultura de una sociedad (es decir, que contribuyan con algún elemento novedoso a ella); en cambio, si optásemos por la tesis subjetiva, sería posible que existan obras similares creadas por autores distintos en momentos diversos y que a pesar de ello obtengan el mismo margen de tutela, a condición de que exista un reflejo o manifestación de la personalidad de cada autor individual sobre su propia obra²⁵ (por mínima que ésta sea).

La tesis objetiva incrementa los costos en la creación de obras, toda vez que el potencial autor deberá efectuar un sondeo con el propósito de establecer si se encuentra creando algo nuevo o si únicamente a «redescubierto la rueda». El incremento de costos en esta etapa resulta *per se* un grave inconveniente no sólo porque impone una limitación en la etapa de creación, sino porque asigna dicho costo en los potenciales nuevos autores, quienes no necesariamente se encuentran en posibilidad de asumirlos y por esta razón podrían inhibirse de crear justamente porque percibirían el riesgo de efectuar gastos sin la esperanza de obtener un retorno (costo que se sumaría al propio hecho de crear). Los costos implícitos a esta tesis ligados a la etapa de verificación dependerán de si se trata de una obra sobre la cual se crea por primera vez o si se trata de una obra sobre la cual tratan una diversidad de creaciones previas. En el primer caso, la teoría tiene costos bajos (más que por méritos propios por el hecho objetivo de no tener un conflicto con un derecho previo); y, en el segundo caso, la teoría impone costos altos pues aquel operador jurídico encargado de inscribir el derecho (o de evaluar su existencia en escenarios de infracción) deberá investigar el amplio bagaje cultural de las obras existentes previamente, casi volviéndose un experto en dicha materia (de lo contrario no sería capaz de evaluarla) o, en todo caso, apelando a un conjunto de especialistas quienes deberían definirlo (costos que por lo general se trasladarían a quien solicite la inscripción o quien alegue la lesión de su derecho). Por su parte, bajo esta tesis, los costos de administración del sistema de derechos de autor tenderán a ser altos justamente por las razones descritas previamente y que determinarán un aumento en la burocracia estatal o en los gastos a ser asumidos por los autores al solicitar la inscripción o la defensa de sus derechos.

Contrario a lo que se pudiese pensar, la tesis subjetiva tiende a generar costos más bajos, dado que la creación se refiere a un

del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

24 FABIANI, Mario, *op. cit.*, p. 2 (de la separata).

25 OPPO, Giorgio, *Creazione ed esclusiva nel diritto industrial*, en *Riv. dir. Comm.*, 1964, I, p. 196.

aspecto más discutible, favoreciendo la creación y la inscripción de las obras (aunque en nuestro sistema no es obligatorio, como sí lo era en Estados Unidos de América). Sin embargo, los costos anexos a los litigios por infracción tenderán a ser más costosos porque dependerán de factores discutibles: El conocimiento previo del autor sobre otra obra semejante determina si la manera en que se manifestó la impronta de la personalidad del autor es suficientemente auténtica o peculiar para merecer la calificación de original, etc.

Los sistemas jurídicos comparados se encuentran forzados a elegir un *set* particular de costos y beneficios. A pesar de la mayor certidumbre asociada a la tesis objetiva, se prefiere la mayor flexibilidad y los mejores incentivos a innovación implícitos en la tesis subjetiva.

De la lectura del precedente de observancia obligatoria parecería que en el Perú se asume la tesis subjetiva. El énfasis es colocado tanto en la labor del creador, como en el hecho de que en la obra realizada se manifieste la impronta de su personalidad. Si uno sigue coherentemente este razonamiento, comprenderá por qué no es imperativo que el proceso creativo se encuentre libre de cualquier influencia externa o, si se quiere, que la obra resultante sea absolutamente novedosa. El precedente afirma que la originalidad se analizará en términos particulares en cada creación intelectual, concluyéndose que la originalidad se construye como una «noción subjetiva».

Si bien en el precedente se hace mención a una perspectiva o noción subjetiva, pienso que el INDECOPI no se refiere, en puridad, a la tesis expuesta. Empero, por las razones expresadas, se puede interpretar la resolución a efectos de concluir que en nuestro sistema jurídico sí se sigue la tesis subjetiva.

Luego de aclarar el objeto del derecho de autor, procuraré profundizar en su contenido. Como se indicó, el derecho de autor contendría dos componentes claramente diferenciables entre sí: el elemento patrimonial y el no-patrimonial (o moral).

Describiré el componente moral del derecho de autor como aquel complejo de *facultades* que se dirigen a la tutela de intereses del autor de carácter personal. Por este motivo, sumado a la explicación del derecho de autor como reflejo de la personalidad del autor, se comprendería la disposición que aclara que dichas facultades permanecen en el patrimonio jurídico del autor a pesar de que éste decida ceder o transferir los derechos de explotación económica. Asimismo, ello explica por qué el ejercicio de algunas de estas facultades se impone a las expresiones del componente patrimonial del derecho de autor; este dato –obviado en la mayoría de trabajos nacionales sobre la materia– resulta revelador de la trascendencia intrínseca del componente no-patrimonial.

Si bien reconozco que el componente moral del derecho de autor (más comúnmente llamado derecho moral de autor) es una proyección de la personalidad de quien se erige como creador intelectual y por lo tanto se constituiría como un derecho de la personalidad, no me animaría a considerarlo como un derecho totalmente semejante a la vida, la libertad, el honor, la salud, entre otros²⁶. En efecto, y atendiendo al

26 DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, pp. 13-17.

Se entiende por derecho de la personalidad a «aquellos derechos subjetivos, cuya función, respecto de la personalidad del autor se especializa, constituyendo el 'minimum' necesario e imprescindible de su contenido.

Existen, vale decir, ciertos derechos, sin los cuales la personalidad permanecería como una actitud completamente insatisfecha, privada de todo concreto valor; derechos desvinculados, de los cuales los otros derechos subjetivos perderían todo interés respecto del individuo: tanto que podría decirse que, si estos no existieran, la persona no sería más tal. Ellos son denominados 'derechos esenciales',

momento genético²⁷ y al momento funcional de los dos grupos de derechos de la personalidad, el autor solamente ostenta el derecho moral desde el instante en que crea la obra²⁸ (antes no existiría a su favor ningún componente del derecho de autor, sino meramente la potencialidad de obtenerlo en algún momento) y su propósito es proteger la paternidad sobre la obra (y las distintas expresiones de ella). Por el contrario, en el resto de derechos de la personalidad, la titularidad ingresa al patrimonio jurídico desde su calificación como sujeto de derecho y el *quid* de estos derechos es el libre desenvolvimiento de la personalidad. Así las cosas, las peculiaridades reseñadas diferenciarían al derecho de autor del resto de derechos de la personalidad.

La lógica subyacente al derecho de autor tiene un correlato directo en la tutela dispensada por el sistema jurídico. En efecto, la tendencia a proteger el ligamen entre la obra y la personalidad del autor se vislumbra al revisar los mecanismos jurídicos ofrecidos para garantizar, de una u otra manera, las diversas manifestaciones del derecho moral de autor. Teniendo esta idea en mente sería pertinente examinar las facultades reconocidas por la Ley como consecuencia de la atribución del derecho de autor:

- a) Mantener en calidad de inédita su obra o decidir publicarla.
- b) Ser reconocido como autor de la obra.

con el cual se identifican precisamente los derechos de la personalidad. Que la denominación derechos de la personalidad se encuentre reservada a los derechos esenciales, se justifica por la consideración de que ellos constituyen el núcleo más profundo de la personalidad» (p. 13).

27 DE SANCTIS, Valerio, voz *Autore (diritti di)* a) *Disciplina del diritto di autore*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1959, p. 398.

28 DE CUPIS, Adriano, *op. cit.*, p. 588.

- c) Oponerse a cualquier tipo de modificación o deformación que se quiera introducir a la obra sin su consentimiento.
- d) Modificar su obra en el momento en que crea conveniente, sea antes o después de su difusión, aunque deberá indemnizar los daños ocasionados a los terceros y tendrá que respetar los derechos que estos pudieran haber adquirido.
- e) Retirar la obra del comercio, suspendiendo de este modo su uso, previo pago de una indemnización por los daños que pudiera irrogar a terceros.
- f) Acceder a su obra, cuando éste fuese el único ejemplar.

Por su parte, el componente patrimonial del derecho de autor (o las facultades ligadas al uso y a la explotación económica del derecho de autor) tienen por objeto a la obra entendida como un bien susceptible de valoración económica²⁹. Naturalmente, tal juicio no puede extenderse a las ideas, conceptos, métodos o hechos considerados en sí mismos (artículo 9 de la Ley). En las páginas precedentes aclaré que este juicio se refiere más bien al resultado de las ideas, los conceptos o métodos, por lo que no debiera ser olvidado a efectos de no extender más allá de lo necesario la tutela jurídica sobre las creaciones intelectuales.

La limitación tiene una doble justificación. Por un lado, las ideas, conceptos, métodos o hechos considerados en sí mismos no importan la manifestación de algún elemento de la personalidad del autor, la razón que sustenta el otorgamiento del derecho de autor. Por otro lado, cuando el autor opta por publicar o divulgar la obra realiza un aporte al acervo o al bagaje cultural de una sociedad (por mínimo que ése sea), por lo que el empleo de las tesis o las ideas contenidas en

29 DE SANCTIS, Valerio, *op. cit.*, p. 392.

ella es susceptible de provocar nuevos desarrollos. Éste uso de la obra no afecta el derecho del creador, por lo que no tendría sentido pretender impedir este uso o exigir el pago de alguna regalía. Si se acogiese una postura distinta a la antes expresada se impondría un obstáculo por demás irrazonable al desarrollo cultural. Como se ve, la limitación a la que se alude respeta un razonamiento similar al que se expresa cuando se explican las razones para que una obra, luego de cierto periodo de tiempo, ingrese al dominio público; manteniendo únicamente vigente el componente no-patrimonial del derecho de autor.

En atención a todas estas consideraciones es más fácil comprender el alcance de las facultades patrimoniales otorgadas a favor del autor. Estas facultades serán, por tanto, entendidas como aquel conjunto de prerrogativas otorgadas al autor como garantía de los potenciales usos y/o aplicaciones de su obra, permitiéndole retener para sí el margen socialmente óptimo de los beneficios creados o ligados a su creación. De acuerdo con nuestra Ley, las facultades a las que se aluden son las siguientes:

- a) Reproducción, comunicación y distribución de la obra.
- b) Traducción, adaptación o arreglo de la obra.
- c) Importación al territorio nacional de copias no autorizadas.
- d) Cualquier otra forma de utilización.

Las facultades enumeradas claramente tutelan el valor económico o de explotación anexa a la titularidad sobre la obra. A continuación pondré a prueba mi afirmación.

En virtud al control sobre la reproducción, comunicación y distribución de la obra, el autor se encontrará capacitado para, con arreglo a la ley de la oferta y la demanda,

obtener y retener los beneficios resultantes de la difusión de la obra. Asimismo, podrá evaluar el punto óptimo de difusión de su obra, evitando una caída en el precio a causa de su sobreproducción.

Del mismo modo, la posibilidad de aprobar la traducción, adaptación o arreglo de la obra no sólo permite su acceso a nuevos mercados, sino que la obra resulte –sin afectar su integridad y el interés del autor– más atractiva o consistente con las exigencias del mercado objetivo.

Finalmente, la posibilidad de importar al territorio nacional las copias no autorizadas mantiene el precio por el que se difundirá la obra en otros mercados; preservando además el interés de las editoriales y/o librerías en adquirir los derechos de reproducción y/o distribución.

Las prerrogativas jurídicas más interesantes otorgadas al autor para proteger el componente no-patrimonial de su derecho son, incuestionablemente, las que le permiten afectar a terceros o al titular del componente patrimonial sobre su obra. Tal vez este sea un aspecto al que pocas veces se le ha prestado atención debido al carácter más bien excepcional de su ejercicio. Me refiero a la posibilidad que tiene el autor de modificar su obra con posterioridad a su difusión o, en el caso más extremo, retirarla del comercio.

Sin embargo, si se recuerda que el contenido del derecho moral de autor es una proyección de la personalidad de su creador, así como una situación jurídica análoga a otros derechos de la personalidad, comprenderemos las razones por las que el autor puede imponer su interés por encima de un derecho ajeno sobre su obra. Si bien el componente patrimonial sobre el cual se impondría el autor resulta importante, no es menos cierto que tal aspecto resulta meramente una valuación externa sobre el contenido no-patrimonial de la obra y, por tanto,

se subordina a éste. No niego que el eventual perjuicio que esta actividad tendría sobre terceros puede ser significativo, justamente por ellos se acreditaría la permanencia de la lógica hegeliana en el derecho de autor (y en los nuevos límites del copyright luego de las reformas experimentadas en las últimas décadas).

Ciertamente, una explicación filosófica, por autorizada que sea, no es suficiente para sostener una regulación legal, ni mucho menos las bondades de la regla. Dada esta circunstancia podría encontrarse un fundamento jurídico más sólido para el retiro y/o la modificación de la obra en principios-derechos de naturaleza constitucional. En efecto, el ejercicio del derecho de retiro o modificación de una obra previamente divulgada por su autor podría reposar en el respeto y la protección a la libertad de expresión. Toda obra, como expresión del autor, tiene que guardar coherencia con su pensamiento, por lo que si el autor considera que su obra no refleja más sus convicciones políticas, económicas, filosóficas, etc., podría ejercer esta prerrogativa para así evitar que se lo vincule con una obra con la que él no siente ya que refleje su pensamiento.

No obstante la justificación en clave constitucional del empleo de la prerrogativa de modificar o retirar la obra del comercio, podría parecer sorprendente que el autor se encuentre obligado a indemnizar a los terceros y a los titulares del derecho patrimonial de autor. Después de todo si existe un fundamento legal y constitucional para tal conducta, parecería inconsistente que se sancione al autor por ejercer una prerrogativa otorgada a su favor por el sistema jurídico. Este juicio aparentemente se reforzaría por el hecho de que el remedio jurídico reconocido a favor del tercero (o del titular del derecho patrimonial de autor) sería una indemnización, vale decir, la consecuencia

de la responsabilidad civil. Si, como se sabe, la responsabilidad civil es negada cuando el daño se produce como producto del ejercicio regular de un derecho (numeral 1 del artículo 1971° del Código Civil), ¿No debería, entonces, negarse la responsabilidad cuando un autor ejerce su prerrogativa de modificar o retirar del comercio una obra que previamente difundió?

A fin de absolver la interrogante permítanme dar un paso atrás. La responsabilidad civil como fenómeno jurídico busca no sólo reparar el perjuicio que eventualmente pudiese haber sufrido un individuo, sino que también procura transmitir un mensaje valioso a la sociedad: Prevenir situaciones semejantes, desincentivar conductas generadoras de daños y evidenciar la enorme importancia de tutelar los intereses conculcados.

La reducción o minimización de las conductas dañosas implica un cambio en la conducta de los agentes económicos, quienes adecuarán, mediante prueba y error, sus actividades al punto de equilibrio óptimo entre sus costos y beneficios. En ese sentido, la responsabilidad civil tiende a sancionar a los individuos que infringen los estándares legales/económicos de conducta; dicho en otras palabras, únicamente se imputará responsabilidad a un individuo cuando no acata los estándares legales/económicos aplicables a su actividad. Si todo lo anterior es cierto, entonces existiría una evidente contradicción en asignar responsabilidad por las consecuencias dañosas de un comportamiento que sí se ajustó a los estándares legales/económicos que lo regulan (es decir, la conducta se da en el marco del ejercicio regular de una prerrogativa jurídica). Tan es cierto ello que un sector de la doctrina ha denunciado esta inconsistencia en otros sectores.

La aparente contradicción, sin embargo, se ve superada si se echa mano a una noción forjada en los sistemas jurídicos europeos:

Los llamados hechos lícitos dañosos³⁰. Bajo tal categoría se condensan fenómenos en los que existe justificación para el ejercicio de determinada situación jurídica subjetiva pero, al propio tiempo, se obliga al titular de dicha prerrogativa a efectuar un desembolso pecuniario a título de indemnización (y no de resarcimiento) si decide ejercitarla. Adviértase que el desembolso a cargo de quien ejerce cierta prerrogativa (reconocida como tal por el propio sistema jurídico) se funda en un mecanismo jurídico distinto a la responsabilidad civil. La diferencia entre la indemnización y el resarcimiento –o entre el esquema de los actos lícitos dañosos y la responsabilidad civil– no sólo radica en su naturaleza (esencia o *quid*), sino en sus objetivos. Así, el desembolso realizado bajo el primer esquema tendría por propósito no dejar desamparado a aquel sujeto que ve afectado su patrimonio jurídico, lo cual lo acercaría a la responsabilidad civil, pero este desembolso se funda en el esfuerzo por evitar que un sujeto obtenga un beneficio ocasionando un perjuicio a otro, constituyéndose en un mecanismo de seguridad social.

El campo de aplicación de los hechos lícitos dañosos es limitado. La legislación reconocería, de uno u otro modo, estas figuras, por lo que no sería posible crear nuevas hipótesis al margen de una declaración legal expresa³¹. Por tanto, la labor del abogado y del académico se restringiría a identificar los casos en que el legislador optó por vincular un desembolso pecuniario a favor de un

individuo perjudicado por la actuación lícita de una prerrogativa jurídica.

Dada la descripción realizada, considero que el desembolso (indemnización) a cargo del autor que opta por modificar o retirar del comercio una obra previamente difundida se enmarca en la categoría de los hechos lícitos dañosos y, como consecuencia, no debiera confundirse con un supuesto de responsabilidad civil.

3. LAS PECULIARIDADES DEL GRAFITI DESDE UNA ÓPTICA COMPARADA

Si bien desde el inicio del trabajo se reconoció la diferencia entre el denominado *grafiti arte* y el *grafiti vandalismo*, considero necesario subrayar esta idea. En ambos casos, el grafiti cumple la definición ofrecida previamente, es decir, una obra no-autorizada por el titular del soporte en el que se trabaja; por lo que, en términos estrictos, resultan ilícitos. Sin embargo, existirían varias diferencias entre dichas expresiones, el grafiti vandalismo se centra en dañar el espacio y prácticamente se limita al uso de las pintas para identificar pandillas, consignar seudónimos o colocar frases (la mayoría de ellas con contenido peyorativo). El grafiti arte es diferente tanto en su motivación, como la manera en que se ejecuta; se intenta transmitir un mensaje usando el espacio público, exigiendo un trabajo de mayor o menor complejidad y que fuerza al artista urbano a desarrollar su labor en varias «sesiones».

Aceptar la ilegalidad del grafiti no debería tener relevancia para calificarlo como una creación protegida por el derecho de autor. La conducta del artista puede ser sancionada o reprimida a través de las respectivas acciones civiles, penales o administrativas; pero no tiene sentido en la calificación de la obra realizada. No tendría sentido extender la sanción más allá de los límites aludidos para negarle la calidad de obra a una creación que cumple con los requisitos legales.

30 MIRABELLI, Giuseppe, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Jovene, Nápoles, 1955, pp. 111 y ss.; SCOGNAMIGLIO, Renato, *El acto jurídico*, traducción y notas de Leysser L. León, en *Advocatus-Revista de derecho*, núm. 10, Lima, 2004, pp. 82-83; y, en nuestro medio, LEÓN, Leysser L., *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, segunda edición corregida y aumentada, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 500-509.

31 Supuestos tales como la expropiación, la ruptura de esponsales, ciertos casos de las relaciones por razón de vecindad, etc.

Sé que la afirmación puede parecer cuestionable a primera vista pero si se analiza con cuidado no lo es tanto. En el acápite anterior se expuso el derecho de autor. Como se recuerda, dicha calificación se liga a un juicio de valor sobre las cualidades de la obra, su originalidad y cómo se incorpora la impronta de la personalidad del autor; elementos todos ellos de carácter ideal o, si se prefiere, intangible. Tan es cierto ello que se reconoce una diferencia entre la titularidad del soporte físico y la titularidad del derecho de autor (artículo 3° de la Ley). Esta circunstancia es importante porque permitiría alegar la diferencia entre las titularidades que se encuentra implícita en un grafiti (al menos como se ha definido) y que las eventuales críticas dirigidas a la conducta del creador en relación a cómo obtuvo o realizó la obra, pasan indudablemente a segundo plano.

El hecho que un escultor adquiriera ilícitamente el mármol sobre el que hizo una estatua no es relevante para analizar la originalidad de la misma o para aceptar o negar su calidad de obra. Si somos capaces de reconocer esto, ¿Por qué no podríamos admitir lo propio en un grafiti?

Lo anterior no significa que el propietario no tenga expeditas las acciones correspondientes. El perjuicio que sufre el propietario se da con prescindencia a si la obra incrementa o disminuye el valor de su propiedad. Recuérdese, todo propietario tiene la prerrogativa de elegir qué hace con su bien, con la consecuente posibilidad de excluir a otros, las cuales habrían sido afectadas con la conducta del artista. En ese contexto se revela la verdadera magnitud del conflicto. Por un lado, el propietario debiera tener la posibilidad de devolver su propiedad al estado anterior a la infracción y, al propio tiempo, el creador no debiera sufrir la pérdida de su creación por el hecho de no tener un título jurídico para poseer o actuar sobre la propiedad ajena (más aún la conducta descrita eliminaría el derecho de

propiedad del creador y se detectaría una pérdida social).

Regresemos al ejemplo del escultor. En ese caso el propietario del mármol podría exigir que se le pague el valor del material o incluso que se le entregue la obra pero, salvo mejor opinión, no creo que tenga el derecho para proceder a su destrucción. Entonces, ¿Por qué en el caso de un grafiti sí estaríamos dispuestos a aceptar la destrucción de la obra?, ¿Cuál es el fundamento del que deriva tamaña diferencia? Honestamente, no creo que radique en la ilegalidad del uso de una propiedad ajena, si así fuese tendríamos que aceptar la posibilidad de destruir las obras en todos los casos en que el autor no tenía un derecho a usar el soporte físico o los insumos con los que dio vida a su obra. Recuérdese que los espacios urbanos son el insumo o medio a través de los cuales el artista del grafiti realiza su obra.

Por razones de espacio no puede extenderme demasiado, así que quiero centrarme en algunas sentencias expedidas en el sistema estadounidense. En *Pollara vs. Seymour* (2001) el Tribunal del Distrito Norte de Nueva York resolvió la solicitud de Joanna Pollara, una artista que realizó, sin permiso, un mural sobre un rollo de papel ubicado en una plaza pública; el cual fue retirado por los trabajadores del local causando severos daños a la obra. Naturalmente, Pollara alegó la existencia de su copyright sobre la obra, mientras que los demandados alegaron que la obra se realizó ilegalmente, esto es, sin la autorización respectiva. El Tribunal desestimó la defensa de los demandados y afirmó: «no encontramos ninguna base en la ley [VARA] que sustente un derecho general a destruir obras de arte realizadas sin permiso del propietario».

La interpretación de la norma es complicada³². VARA diferencia las obras que son

32 Smith, Cathay Y. N., *op. cit.*, pp. 268-271.

susceptibles de removerse del soporte físico donde se realizaron de aquellas que no lo son. Así, mientras las últimas otorgarían al propietario el derecho de destruir la obra, las primeras no otorgarían este derecho. La disposición tiene una preocupación por la proporcionalidad muy similar a la que se presenta en el Perú cuando se habla de mejoras de recreo, si las mismas pueden extraerse sin causar un menoscabo, entonces el poseedor podría retirarlas; nada más que en el caso de las obras susceptibles de remoción, VARA exige que el propietario informe primero al autor antes de proceder a retirarla (§ 113 (2)). En cambio, según VARA, si la obra se fundió con el bien del propietario, éste tiene el derecho a destruirla si así lo desea, siempre que el creador hubiere obtenido la autorización del propietario (§ 113 (1)). La norma es curiosa justamente porque no deja en claro qué sucede si la obra no es susceptible de remoción y el autor no obtuvo, en su momento, la autorización del propietario³³.

La posición es más clara en ciertos estados de la unión americana donde la ley indica que antes de destruir una obra debe informarse al autor (*Art Preservation Act of California*). Empero, los tribunales han aclarado que tal disposición no aplicaría a las obras realizadas ilegalmente. Esta afirmación se encuentra, por ejemplo, en *Botello vs. Shell Oil Co.* (1991).

La regulación estadounidense sirve para graficar cuán problemático es el asunto. VARA otorga tutela a los creadores de grafiti a fin de evitar su copia o reproducción no autorizada, pero en ocasiones la jurisprudencia la niega

dado el origen ilícito (aplicando la denominada *clean hands doctrine*). De la misma manera, VARA otorga protección a los grafitis para evitar su destrucción (§ 106A (a)(3)(B)), pero permite que los propietarios desplacen la obra e incluso venderla.

Haciendo a un lado los vacíos detectados y las eventuales contradicciones entre la legislación estadounidense y su jurisprudencia, lo cierto es que en dicho sistema jurídico se vislumbra –al menos a grandes rasgos– una regulación a favor de los creadores de grafitis.

Como era previsible se implementa una salida intermedia. El creador tiene derecho de autor pero se encuentra limitado por la naturaleza temporal de la obra, difícilmente podría exigir al o los propietarios de los inmuebles (públicos o privados) donde se realizó la obra que realicen los gastos de mantenimiento para garantizar su permanencia. Por su parte, el propietario tiene el derecho de destruir la obra si comunica previamente al creador, quien podría retirar la obra si ello es posible. La duda se centraría en qué regulación se tendría que implementar cuando no se puede retirar la obra sin que ésta sufra menoscabo, ¿Tiene sentido exigir al propietario que informe al creador?

Naturalmente, si se reconoce que la notificación es un paso previo a la destrucción de la obra, debe sopesarse el esfuerzo y los costos que ello significará para el propietario. Es importante meditar en este punto porque se tratan de costos que el propietario nunca previó asumir, toda vez que nunca solicitó el grafiti. A ello se le sumaría la dificultad de determinar *ex ante* si dicho grafiti cumple con los requisitos del derecho de autor, con la consecuente asunción de riesgos por parte del propietario (quien destruirá el grafiti al considerar que no es una obra) o, en todo caso, de costos (quien por aversión al riesgo notificará siempre).

33 La hipótesis aludida sí fue recogida en *English vs. BFC & R. East 11th Street LLC* (1997). En este caso se permitió que el propietario removiera o destruyera la obra ilícitamente realizada y sin exigir el requisito de notificación. Al respecto vid Lerman, Celia, *Protecting artistic vandalism: Graffiti and copyright law*, en *New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, vol. II, núm. 1, 2013, pp. 295 y ss., en particular pp. 331-332.

No me cabe duda que un sistema de esta naturaleza es costoso y que probablemente no podrá compensarlos con beneficios. En tal sentido, no tendría sentido implementar este sistema con vocación de aplicación generalizada, se requiere un sistema más flexible y probablemente una redefinición del alcance del derecho moral de autor (sobre todo la prerrogativa de integridad), a fin de adaptarse a las peculiaridades de una obra como el grafiti.

El ejemplo del Súper Papa es ilustrativo, la imagen estuvo en periodo de vida muy breve pero logró atraer la atención mundial, al punto que con seguridad generó beneficios económicos y no necesariamente para el creador. En casos de esta naturaleza, que son ciertamente pocos, tendría sentido tener un procedimiento o una vía para proteger a los autores. La definición de obra de la Ley así lo exige, de lo contrario la enunciación será simple letra muerta³⁴.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El análisis efectuado demuestra la complejidad inherente a las nuevas expresiones artísticas o a través de las cuales se manifiesta la personalidad de los creadores. Como en otros campos, el sistema jurídico peruano aún no aborda expresamente los inconvenientes, en parte porque no existió (hasta donde sé) una solicitud formal de reconocimiento de paternidad sobre las obras o para exigir algún tipo de protección jurídica a los componentes patrimoniales de autor.

En los últimos años, incluso, se vienen gestando trabajos coordinados entre los artistas urbanos y municipalidades; las

cuales si bien quedarían al margen del alcance del trabajo, demostrarían que los artistas lentamente se hacen de un lugar y toman consciencia de los juicios favorables en torno a su trabajo (se realizan exhibiciones personales y colectivas). En esa medida, no sería descabellado pensar que en algún momento se presenten casos semejantes a los descritos en la premisa del trabajo o los reseñados en el acápite anterior.

Sospecho que si casos similares se presentasen ante el INDECOPI o el Poder Judicial serían, casi con seguridad, resueltos en términos negativos para el eventual creador. La razón: El sistema jurídico y el derecho de autor mantienen anclados sus discursos en el pasado. No sostengo que debe otorgarse necesariamente un derecho de autor pleno e incluso no niego la posibilidad de desestimar sus solicitudes sobre la base de que no podría aceptarse obtener un derecho sobre la base de la lesión o infracción de otro (el argumento basado en la máxima *ex turpi causa non oritur actio*); pero considero necesario iniciar un análisis exhaustivo de nuevas manifestaciones de derechos de autor y bosquejar modelos intermedios de tutela jurídica para las creaciones. Creo que es momento de iniciar estos debates, sea a propósito de casos como los del Súper Papa o a través de la revisión (verdaderamente) crítica de los discursos institucionales.

Lamentablemente, por el limitado alcance del trabajo sólo esboqué una posible regulación, con carácter general, empleando para ello la regulación estadounidense. Sin embargo, creo que el costo de este régimen lo tornaría ineficiente y poco aconsejable. Consecuentemente, habría que evaluar posibles aproximaciones intermedias que sean eficientes y permitan proteger al segmento de casos en que el grafiti pueda calificarse como obra.

34 Las otras posibilidades se centrarían en: (i) modificar la definición para excluir expresamente el grafiti o las obras producidas con infracción de alguna norma, (ii) enunciar un régimen intermedio limitado, por ejemplo, a la reparación de daños o (iii) reconocer una renuncia del autor a exigir todas las prerrogativas del derecho de autor, salvo el derecho moral de paternidad.