

# **Cuando el mercado del arte se opone al derecho de autor: el disruptivo caso de la apropiación artística**

## **When the art market opposes copyright: the disruptive case of artistic appropriation**

— Gonzalo Manuel Jáuregui Mena\* —

---

### **Resumen**

El presente trabajo analiza el derecho de autor frente al arte apropiacionista, extendida en el mundo del arte. Asimismo, busca determinar una debida regulación de la apropiación artística como una excepción al derecho de autor en régimen cerrado de excepciones y limitaciones. Para ello, se analiza el requisito de originalidad en las obras plásticas, así como la filosofía e intención de los autores apropiacionistas. Luego, se realiza un análisis de los derechos morales y patrimoniales en convergencia con distintos casos de apropiación artística a nivel nacional e internacional. Finalmente, el presente trabajo establece que la práctica apropiacionista, frecuente en Perú, ocasiona la inevitable vulneración del derecho de transformación si se realiza sin autorización, razón por la cual debe regularse como una excepción a fin de proteger la libertad de expresión del artista bajo los mismos parámetros que la parodia. Así, se puede regular la apropiación artística solo cuando constituya una transformación no autorizada y en la creación de una obra plástica, lo cual no vulnera la Regla de los Tres Pasos ni genera un perjuicio excesivo a los derechos de autor de terceros.

### **Palabras clave**

Derechos de autor, Obras plásticas, Arte apropiacionista, Derecho de transformación, Excepciones y limitaciones, Libertad de expresión

---

### **Abstract**

This paper analyzes copyright versus Appropriation art, which is widespread in the art world, as well as to determine a proper regulation of artistic appropriation as an exception to copyright in the closed system of exceptions and limits. For this purpose, the requirement of originality in artworks is analyzed, as well as the philosophy and intention of the appropriationist authors. Then, an analysis of moral and economic rights is made in convergence with different cases of artistic appropriation at national and international level. Finally, this paper establishes that appropriation art, frequent in Peru, causes the inevitable violation of the right of transformation if it is done without authorization, which is why it should be regulated as an exception to protect the artist's freedom of expression under the same parameters as parody. Thus, artistic appropriation can be regulated only when it constitutes an unauthorized transformation and in the creation of visual arts work, which does not violate the Three-Step Rule or generate an excessive prejudice to the copyrights of third parties.

### **Keywords**

Copyright, Visual arts work, Appropriation art, Transformative use, Exceptions and Limits, Freedom of Speech.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización en Propiedad Intelectual y Protección al Consumidor. Adjunto de docencia del curso "Derechos del Autor" en la misma casa de estudios. Asistente académico del Programa de Segunda Especialidad de Protección al Consumidor de la Escuela de Derecho PUCP. Correo: g.jaureguimena@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-8709-3736>.

## Introducción

En las últimas décadas, las obras de arte y sus formas de expresión han ido variando. Las pinturas de Van Gogh, que reflejan paisajes y ciudades, no se comparan con las pinturas abstractas de Jackson Pollock o las fotografías alteradas por Andy Warhol. Y es que, en estos últimos casos, el resultado de la obra es solo una demostración de lo que el artista quiere expresar. Al respecto, los abogados sabemos que el derecho debe constituir un sistema dinámico a los cambios en la realidad, por lo cual corresponde analizar, desde la perspectiva del derecho de autor, frente al nuevo paradigma de las expresiones artísticas, el cual se manifiesta en el arte contemporáneo.

Una de las prácticas recurrentes en el mundo del arte contemporáneo es la apropiación artística, la cual resulta controversial por el uso no autorizado de obras ajenas en la creación de una nueva obra. Esta práctica genera, en muchos casos, infracciones de los derechos de exclusiva. Pero ¿es adecuado considerar a toda apropiación como infracción? ¿O estamos ante un vacío legal que no está tomando en cuenta el actual mercado del arte? Y de ser esto cierto, ¿cómo podríamos concebir la apropiación artística en el ordenamiento jurídico peruano?

Considerando la existencia de excepciones o limitaciones al derecho de autor, es posible que la apropiación artística se pueda regular bajo ciertos parámetros, toda vez que se trata de una práctica frecuente y, en consecuencia, amparada en la libertad de expresión artística.

Es por ello que limitarnos a un análisis únicamente jurídico puede resultar insuficiente, requiriéndose un enfoque interdisciplinario que determine de qué modo el derecho de autor supone una barrera para la protección jurídica actual de la apropiación artística, y si es posible establecer y proponer una adecuada regulación. Para ello, se tendrán en cuenta algunos conceptos de filosofía del arte, para luego determinar los derechos morales y patrimoniales afectados por la práctica apropiacionista a través del análisis de jurisprudencia internacional y, por último, se revisará el funcionamiento del régimen de excepciones y limitaciones en el Perú, así como las posibilidades para su regulación.

### 1. Las obras plásticas en el derecho de autor

#### 1.1. Concepto de obra plástica

El objeto del derecho de autor es la obra, definida por el artículo 2º, inciso 17 de la Ley de Derecho

de Autor (LDA) como “toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse”. Como se puede apreciar, nuestra legislación presenta un concepto abierto de obra, amparándose así las creaciones que no presentan una definición taxativa en la norma, y que podrían ser consideradas como creaciones intelectuales que se realicen de forma personal y cumplan con el requisito de originalidad.

A mayor detalle, la obra plástica es toda creación cuya finalidad apela al sentido estético, de modo que abarca todo tipo de obra cuya relevancia reside en su carácter visual. Como ya ha señalado Bercovitz, las obras plásticas “se manifiestan por medio de la forma y el color. Se da forma o color a materias preexistentes. De ahí la importancia de las líneas, los planos, las dimensiones, los volúmenes, la intensidad y variedad de sus colores y tonalidades” (Ortega, 2000, p. 28). De esto último, se deduce que el análisis de originalidad en obras plásticas comprende distintos elementos que los que se podrían apreciar en otro tipo de obras, puesto que las obras plásticas apelan a lo visual, ya sea una escultura, una pintura, un dibujo, entre otros ejemplos.

La LDA peruana establece en su artículo 2º, inciso 28, una definición de “obra plástica”, para luego señalar una lista simplemente enunciativa de ejemplos de este tipo de obras, tales como pinturas, bocetos, dibujos, grabados y litografías. Sin embargo, merece atención que la misma norma excluye de esa definición a las fotografías, obras arquitectónicas y audiovisuales, pues esta presenta disposiciones particulares para este tipo de obras. Ejemplos de obras plásticas protegibles, según nuestra legislación, son las pinturas de Fernando de Szyszlo, Tilsa Tuchiya y José Tola.

#### 1.2 ¿Qué no se considera en la protección de la obra plástica?

##### 1.2.1. El mérito artístico

Es común creer que el mérito artístico del artista sea sustento suficiente para considerar a su obra plástica como protegible por el derecho de autor; o que, ante la carencia de este mérito, el derecho de autor no es aplicable. Al respecto, cabe decir que el hecho de que el creador de una obra posea algún mérito no tiene relación con su protección jurídica. Realizar esta conexión sería peligroso por la inseguridad jurídica que se ocasionaría.

Guzmán ya ha señalado que el valor o mérito va a depender de muchos factores, tales como las con-



cepciones culturales, el lugar donde el artista expuso su obra, los concursos ganados, entre otras razones (2018, pp. 60-61), tratándose por ello de una equiparación insostenible en el tiempo. Asimismo, de realizarse, los artistas emergentes que recién entran al mundo del arte estarían desprotegidos por este derecho y quedarían expuestos a vulneraciones, ya que se facilitaría el abuso de quienes sí son reconocidos y, por tanto, sí tienen mérito artístico.

La ausencia de mérito artístico como requisito para la protección se ve respaldada por el artículo 1° de la Decisión 351 de la CAN, por el cual se afirma lo siguiente:

Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y **sin importar el mérito literario o artístico** ni su destino. (el resaltado es mío)

En conclusión, establecer estos requisitos solo imposibilitará aún más la protección de creaciones artísticas, la cual está garantizada por un derecho fundamental, reconocido en el artículo 2°, inciso 8, de la Constitución peruana, que señala que “toda persona tiene derecho a la creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto [...]”.

#### 1.2.2. Las ideas

Como se ha reiterado en la doctrina, las ideas no son protegibles por el derecho de autor. Esto se demuestra por lo estipulado en el artículo 9 de la LDA, según el cual “no son objeto de protección por el derecho de autor: las ideas contenidas en las obras literarias o artísticas [...]”. Por lo tanto, lo protegido por el derecho de autor es la forma de expresión en la obra. Esto, sin embargo, no quiere decir que la manifestación de estas ideas no se vea amparada jurídicamente por otros derechos.

La Constitución establece protección para la libertad de expresión de las ideas en su artículo 2°, inciso 4, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de “expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (...)”. Así, coincido con Landa en señalar que la libertad de expresión protege todo tipo de forma de expresión del pensamiento, incluyendo las expresiones artísticas (cuadros, música, cine), al transmitir un mensaje o discurso (2017, p. 53). Por lo tanto, la manifestación de las ideas tendrá protección me-

diante un derecho distinto al de autor, lo cual será importante al analizar la protección jurídica de la apropiación artística.

#### 1.2.3. Las obras en dominio público

Por último, se debe especificar que la protección que otorga los derechos de autor a nivel patrimonial no es perpetua. Así, si bien los derechos morales son perpetuos conforme al artículo 21° de la LDA, los derechos patrimoniales sobre las obras tienen una duración de toda la vida del autor, más setenta años contados a partir de su muerte. Luego de dicho plazo, estas obras pasan a dominio público, lo cual implica que cualquier comunicación pública, reproducción o transformación de una obra no va a requerir de su autorización. Así, la autoridad administrativa señala que a partir del momento en que una obra pasa a dominio público, “la obra será de libre reproducción y utilización, respetándose siempre los derechos morales de autor” (Indecopi, 2012, p. 11).

En este orden de ideas, la protección de una obra del pintor Vincent Van Gogh, quien falleció en 1890 y cuyas obras ya están en dominio público, será distinta a la protección de una pintura del artista peruano Álvaro Suárez Vértiz, quien sigue vivo y cuyos derechos patrimoniales siguen vigentes.

### 1.3. Determinación de la originalidad en la obra plástica

La originalidad es el requisito principal para considerar a una obra como objeto de tutela por el derecho de autor, y esta es entendida, conforme a lo señalado por Diego Guzmán (2018), como aquello que convierte a objetos o materiales en expresión del intelecto. No obstante, resulta necesario diferenciar la “creatividad” previa del artista de la “originalidad” en el resultado de la obra.

La creatividad se concibe como la capacidad del ser humano de crear, la cual no solo implica la capacidad de concebir intelectualmente la obra plástica, sino también comprende la de ejecutar dicha obra. En cambio, la originalidad está referida al resultado que se obtiene a partir de dicha creatividad, teniendo ambos conceptos una relación causa-efecto (Otero, 2008). Esto significa que la creatividad ocurre durante el proceso de creación de la obra, mientras que la originalidad se percibe a partir del resultado de dicho proceso creativo. Si bien la creatividad resultará importante después, corresponde preguntarnos qué se entiende por originalidad, existiendo diferentes acepciones del término.

Sin necesidad de hacer un análisis tan exhaustivo, podemos entender a la originalidad como novedad o como personalidad. En el primer caso, la obra plástica debe contener un rasgo o elemento que la diferencie de otra, pero ello solo en base a lo que se considere nuevo (novedad objetiva) o no se haya usado una anterior para su creación (novedad subjetiva) (Maraví, 2010). En ese sentido, bajo la concepción de novedad, sería muy difícil proteger una obra plástica por el derecho de autor, en la medida en que no se consideraría original la obra cuyo autor haya creado inspirándose en una obra anterior. Esto traería muchos problemas en la práctica, pues el creador no podría pintar o esculpir la representación de un objeto que haya servido de inspiración para un autor anterior, limitando excesivamente la libertad de creación artística y, como menciona Maraví (2010), el fomento del desarrollo cultural mediante derechos de explotación.

Por otro lado, concebir la originalidad como personalidad implica que la obra plástica debe expresar la impronta de la personalidad del autor, sin que interese que la creación sea nueva o no (Maraví, 2010), o si presenta un elemento que necesariamente la distinga de otra obra. La autora Delia Lipszyc, quien está de acuerdo con esta posición, señala que, a diferencia de la novedad en las invenciones, la originalidad es una noción subjetiva, razón por la cual será necesario que la obra “exprese lo propio de su autor”. Incluso Lipszyc (2017), menciona que, cuando se trate de obras derivadas, se debe expresar algún grado de creatividad que muestre el esfuerzo personal del autor. En ese orden de ideas, el artista plástico tendría que asegurarse de que el cuadro a realizar exprese su individualidad, sin importar la existencia de un artista anterior que ya haya realizado dicha obra.

¿Cuál es el concepto de originalidad que utiliza Indecopi? La entidad se ha pronunciado al respecto con la Resolución 286-1998-TPI-INDECOPI, señalando que entiende a la originalidad como la personalidad del autor, ello conforme a lo siguiente:

El requisito de originalidad o individualidad implica que para la creación de la obra debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor. [...] [D]e acuerdo a las circunstancias de un caso particular, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original o individual. (Indecopi, 1999, pp. 4-5)

De todo lo expuesto, queda claro que las obras plásticas tendrán que ser evaluadas bajo el lente de

la originalidad subjetiva para lograr su protección por el derecho de autor, considerando el esfuerzo creativo que, al final, muestra la impronta de la personalidad de su creador.

¿Cómo se podría determinar la originalidad en las obras plásticas? Pasando a un análisis en el resultado, su originalidad dependerá del tipo de obra plástica (escultura, pintura, dibujo, grabado) en cuestión. Así, un dibujo a papel y lápiz, que tiene predominancia en los trazos, va a tener un análisis distinto al de una pintura al óleo, que suele tener mayor énfasis en los colores. No obstante, existen algunos elementos de la obra plástica que debemos tener en cuenta a fin de saber si estamos ante una creación susceptible de protección o no.

Ortega (2000) define que la creación plástica condensa elementos como la materia, el color y la forma. La libertad del artista en el uso de materiales determinados conforma una parte importante de la obra, pues de su elección dependerá las características que pueda tener la obra. Este material o soporte se diferencia de la creación realizada, en la medida que la destrucción del primero supone un daño a la integridad del segundo, así como la imposibilidad de apreciarlo en el futuro.

El color es la parte más relacionada a la percepción del artista y la luz de los objetos representados en la obra. Si una obra presenta un color o conjunto de colores determinado, este le puede dar vida a determinadas obras, lo cual lo convierte en una parte esencial de la obra que refleje las emociones o la personalidad del artista creador (Ortega, 2000). Es así como el color en una obra es una forma de expresión a la cual el artista puede o no acudir para plasmar en su obra la impronta de su personalidad.

Finalmente, la forma es un elemento que depende de la relación con otras formas. Así, de acuerdo con el artista Hans Hoffmann, la expresión o significado de una obra no se crea por una forma u otra, sino por la relación entre ambas (Ortega, 2001). Entonces, la relación de formas da paso a la representación de los objetos que se encuentran en la obra plástica, dando lugar a una forma de expresión diferente a la de otro artista, pese a que ambos tengan el mismo objeto de representación o la misma referencia.

Como se puede apreciar, el material, la forma y, de forma opcional, el color son elementos que debe tener una obra plástica para la determinación de su originalidad. La combinación de estos le dará una expresión que debe diferenciarse de la de otro



artista, incluso si ambos tengan como referencia el mismo objeto. Cabe destacar que el requisito de originalidad de obras plásticas no puede analizarse considerando estos elementos por separado, sino que debe tomarlos en cuenta de forma integral en el resultado final, verificando si este resultado puede de protegerse por el derecho de autor.

## 2. La corriente del apropiacionismo en el arte contemporáneo

En el mundo del arte, existen diferentes conceptos que deben ser entendidos a fin de comprender la apropiación artística y cómo esta práctica se encuentra sustentada en este contexto. En ese sentido, debemos explicar no solo el tema central de discusión, es decir, la apropiación artística, sino además el contexto en el cual se desarrolla: el arte contemporáneo.

### 2.1. Distinción del arte contemporáneo

¿Qué se entiende por arte contemporáneo? Si bien su definición persiste en debate en el mismo campo de la filosofía del arte, merece mención lo señalado por Arthur Danto. El autor menciona que, por mucho tiempo, el arte contemporáneo fue el “arte moderno que se está haciendo ahora”, pero la distinción entre arte moderno y contemporáneo no es solo temporal, sino que existen características que lo diferencian, tratándose no de un período sino del fin de un “relato legitimador del arte” (Danto, 1999), entendido este relato como aquello que define qué cosa es arte y qué cosa no lo es.

En ese orden de ideas, Danto señala que el arte contemporáneo no hace una crítica o alegato contra el arte del pasado, sino que este arte se define por la utilización del arte del pasado para el uso que los artistas le quieran dar, sin que esté al alcance el espíritu en el cual fue creado ese arte. Así, el arte moderno estuvo más interesado en la forma, superficie y pigmentación (Danto, 1999), enfocándose más en la expresión que tiene la obra, lo cual no ocurre en el arte contemporáneo. Asimismo, a diferencia del arte moderno, el contemporáneo no tiene un estilo que lo identifique, por lo que es esa misma pluralidad de estilos lo que lo caracteriza (Danto, 1999). No obstante, entre todas las prácticas realizadas, la que más representó al arte contemporáneo es la práctica apropiacionista, la cual no solo será de relevancia artística, sino también jurídica.

La apropiación artística o apropiacionismo consiste en la práctica o tendencia de usar total o parcialmente una obra anterior ajena para su recon-

textualización en una obra plástica nueva. Si bien el concepto fue acuñado en los años setenta, sus antecedentes se encuentran a partir de las propuestas del *ready-made* iniciadas por Marcel Duchamp, quien usaba objetos ya creados y les otorgaba (a modo de crítica) un valor “estético”.

Muestra de ello es su obra *L.H.O.O.Q.*, de 1919, que consiste en una copia idéntica de *La Mona Lisa* de Leonardo Da Vinci, a la cual se le agregó un bigote en su rostro (Panozzo, 2015).

Respecto a los tipos de apropiación artística, podemos distinguir dos de ellos. La primera es una apropiación “creadora” o icónica, donde hay un distanciamiento notable entre la obra de arte del pasado y la actual, eliminándose todo lo exterior para crear una obra nueva. En esta, el autor transcribe en su propio lenguaje todo aquello que percibe de la obra anterior para su reinterpretación. En cambio, en la segunda, llamada apropiación “imitadora” o de la reproducción técnica, donde el distanciamiento es más débil con el referente, la imagen se extrae quirúrgicamente para insertarla en una nueva composición, generando ensamblajes o *collage* (Berthet, citado en Furió, 2014, p. 3-6; Corona, 2008, p. 104).

Con ello, tenemos que la apropiación “creadora” presenta un sentido más cercano a la inspiración que se puede tener a partir de una obra anterior para la creación de una obra posterior. En cambio, la apropiación “imitadora” podría presentar problemas relacionados con el derecho de autor por tener un mayor parecido con la obra originaria creada. Por lo tanto, conviene especificar que el foco principal de nuestra atención para el presente análisis serán aquellas obras de arte que se comprendan dentro de este último tipo de apropiación.

### 2.2. Filosofía de la práctica apropiacionista

Como hemos mencionado, la práctica apropiacionista expresada en el arte plástico consiste en la recontextualización de una obra anterior, la cual es extraída de su contexto y luego trasladada a una obra posterior. No obstante, dicha práctica no ha surgido de manera gratuita.

Todo nace ante la necesidad de definir la identidad del arte. Los artistas dejaron de preguntarse qué es arte y pasaron a cuestionarse por qué algo es una obra de arte cuando otra cosa exactamente igual a ese algo no lo es. Entonces, como cualquier objeto podía ser arte, los artistas fueron libres para hacer arte en cualquier sentido que quisieran, sin que

haya alguna unidad estilística perceptible, y siendo muestra de ello la apropiación de imágenes ajenas (Danto, 1999). Esto va de la mano con la aparición entre los años 60 y 70 de las ideas sobre la crisis de la autoría, por las cuales se criticaba la idea romántica de que el autor es el centro de la obra, lo cual se evidencia en obras donde no hay una expresión (minimalismo, arte abstracto) o se expresa a través de una reproducción técnica, donde el autor pierde importancia (López, 2020). Todo ello generó que, para los artistas apropiacionistas, poco importe en manos de quién se encontraba la imagen que iban a apropiar.

Por último, estos artistas distinguen su práctica de las falsificaciones y el plagio. Así, pese a la dificultad de la distinción, en las prácticas apropiacionistas hay una necesaria recontextualización de la obra, en la que no se reclama la paternidad de la imagen apropiada, solo su tutela ideológica (López, 2020); mientras que la falsificación es una copia que se le atribuye a su autor original, y en el plagio se busca hacerse pasar por el autor. Con ello, se puede concluir que los artistas apropiacionistas no tienen la intención de falsificar una obra o aparentar ser el autor de esta, pues hay una intención de creación nueva con elementos previos sin necesidad de ocultar al autor de la obra apropiada.

### 2.3. Algunos ejemplos

La práctica de la apropiación en el arte se ha realizado de formas muy variadas, generando formas de expresión distintas. Dado que la cuestión que nos interesa es la forma de expresión de las obras de arte plástico para su posterior análisis, corresponde señalar algunos ejemplos de esta práctica en diferentes países. La mayoría de las obras apropiacionistas son de autores estadounidenses, donde dicha práctica ha tenido diferentes manifestaciones. En ese sentido, nos encontramos con artistas como Sherrie Levine, Jeff Koons, Andy Warhol, entre otros.

La exposición de arte de Sherrie Levine en la Metro Pictures Gallery de Nueva York consistía en una serie de fotografías que había tomado a las fotografías del autor Walker Evans, encontrándose estas últimas en un catálogo, y como resultado, realizó copias exactas de las obras de este autor (**Anexo 1**). Mediante dicha exposición, Levine planteó distintas cuestiones referidas a la contextualización de la obra de arte, el concepto de autoría y todas sus implicaciones filosóficas, legales y mercantiles (Sánchez y GarridoRomán, 2017). Otro artista apropiacionista es Andy Warhol, quien ha realiza-

do constantemente serigrafías de fotografías previamente tomadas por otros artistas, las cuales alteraba con colores fuertes. Ejemplo de ello es la serie de obras *Flowers* (**Anexo 2**), donde usó fotografías de Patricia Caulfield que habían sido publicadas en la revista *Modern Photography* en 1964 (Peggy Guggenheim Collection).

En Latinoamérica, tenemos que el artista Nadín Ospina realizó esculturas que, inspirándose en las obras “precolombinas”, realiza la apropiación de personajes Mickey Mouse y Bart de la serie animada *Los Simpsons* (Ramírez, 2015). Otro ejemplo es el de Viviana B. Troya, pintora cuya obra de arte titulada *Continuación* (2013) reproduce casi de manera exacta la fotografía de la serie *Carte Blanche*, que se encuentra en el libro *Fashion Images de Mode* del fotógrafo Mark Borthwick (Ramírez, 2015). Estos casos en Latinoamérica demuestran que la práctica artística de la apropiación ocurre también, de manera reiterada, en países en donde rige el régimen jurídico del Civil Law.

En nuestro país, el desarrollo de la apropiación artística ha sido escaso, sin embargo, podemos encontrar algunos ejemplos. Fernando Bryce es un artista peruano que, para la creación de sus obras, utiliza fotografías de periódicos, afiches de películas, entre otras ilustraciones antiguas, para su recontextualización en el presente a modo de memoria. Muestra de ello es su obra *Atlas Perú* (2005), que consiste en una serie de cinco libros con copias hechas a mano de portadas de periódicos peruanos, incluyendo fotografías y texto, desde 1932 hasta 2001. Asimismo, una de sus obras más recientes, fue la interpretación artística de la portada del diario *El Correo* de la UNESCO (**Ver Anexo 3**). Otro ejemplo de apropiación artística peruana lo encontramos en las distintas obras del artista Herman Braun-Vega, quien usa diferentes obras a modo de *collage* para sus creaciones, como se puede apreciar en la incrustación de la pintura *La Danza* de Henri Matisse (1909) en el fondo de la pintura de Braun-Vega (**Ver Anexos 5 y 6**). Por último, merece mención las obras de Eugenio Raborg, quien realiza diferentes reinterpretaciones de *La Gioconda* de Leonardo Da Vinci, así como las ilustraciones realizadas por el artista Cherman basándose en fotografías de personas reconocidas y obras de Andy Warhol.

Los ejemplos muestran, entonces, que la apropiación artística se materializa de diferentes maneras en el mundo del arte. Así, algunos autores copian exactamente la obra primigeniamente creada, como Sherrie Levine o Fernando Bryce, y otros



modifican o alteran su obra con añadidos (ya sea de la propia creación o de otras obras ajenas) distintos a la obra originaria, como Andy Warhol o Herman Braun-Vega. Esta distinción será clave en el siguiente capítulo para determinar cuáles obras se podrían proteger por el derecho de autor y cuáles quedarían excluidas de dicha protección.

### 3. Derechos morales y patrimoniales colindantes con la práctica apropiacionista

Si bien la apropiación artística es una práctica extendida con una filosofía legitimada en el mundo del arte contemporáneo, las obras apropiacionistas realizadas, de no solicitarse las autorizaciones correspondientes, constituyen una evidente vulneración a derechos de autor de terceros. Ello ocurre debido al uso de obras ajenas sin autorización de su autor o titular, razón por la cual dicha práctica no se encuentra permitida legalmente. Entender ello automáticamente como una vulneración a la libertad artística es caer en un error. Como todo derecho, este presenta límites, siendo uno de ellos los derechos de autor que la ley confiere a sus titulares.

Sin embargo, dado el trasfondo filosófico de esta práctica y la relevancia extendida en el mercado artístico, es posible que la legislación en la materia no haya previsto un escenario que vale la pena analizar a detalle. En ese sentido, corresponde determinar si existen derechos morales y patrimoniales que entran a colación con la difundida práctica de la apropiación artística.

#### 3.1. Consideración de los derechos morales

##### 3.1.1. Posible afectación al derecho de paternidad

Como es sabido, por el derecho de paternidad, también llamado atribución de autoría, el autor tiene el derecho a ser reconocido como tal. Así, siguiendo el artículo 24 de la LDA, este autor puede

ser reconocido mediante su nombre, permanecer bajo el anonimato o hacer uso de un seudónimo o signo. En este orden de ideas, el artículo 11° de la Decisión 351 de la CAN especifica que el autor tiene derecho a “reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento”, siendo un derecho reconocido a nivel internacional y de posible ejercicio en cualquier país.

En las obras plásticas, el ejercicio de este derecho ocurre mediante la inclusión de la firma en la obra. En consecuencia, impedir su inclusión o incrustar una que no sea la de su verdadero autor constituye una infracción, en la medida en que entorpece el nexo entre la obra y su creador ante terceros. Del mismo modo, la apropiación artística afecta definitivamente el derecho de paternidad al utilizarse la obra anterior en una nueva creación, al presentarse la primera como propia (Guzmán, 2014).

Un claro ejemplo de apropiación donde se ve vulnerado este derecho es en la obra *String of Puppies* de Jeff Koons (1988), la cual consiste en una escultura de dos personas sujetando un conjunto de ocho perros. Dicha obra, dio pie al caso *Roger vs. Koons* (1991) por infracción al *copyright*, se determinó que la obra era una imitación clara de una fotografía tomada en 1985 por Art Rogers, sin que se haya mencionado el uso de la obra ajena ni se reconociera a su verdadero autor, razón por la cual, en este caso sí se vulneró el derecho de paternidad (Ver foto al pie).

Sin embargo, no en todas las obras apropiacionistas se constituye una afectación al derecho de paternidad. Regresando al caso de las fotografías de Sherrie Levine, la artista expuso las obras de Walker Evans en una exposición titulada *After Walker Evans*, haciendo alusión explícita al autor que tomó las fotografías una primera vez. Entonces, si bien puede haber una afectación a otros derechos de autor, Levine no habría afectado el derecho de paternidad.



A la izquierda, la fotografía *Puppies* de Art Rogers (1985). A la derecha, la escultura *String of Puppies* de Jeff Koons (1988). Imagen extraída de: <https://copyrightvisualarts.wordpress.com/2011/12/20/art-rogers-vs-jeff-koons/>



### 3.1.2. Afectación al derecho de integridad

Por el derecho a la integridad de la obra, y conforme a su regulación por el artículo 25º de la LDA, el autor tiene la facultad de oponerse a cualquier tipo de deformación, alteración, mutilación o destrucción completa de la obra. Si bien cualquier obra podría verse afectada, es en el caso de las obras plásticas donde la vulneración a este derecho genera mayor daño, por tratarse frecuentemente de obras únicas e irrepetibles. Aunado a ello, tal como señala Solórzano (2015), no siempre la persona que presenta la autoría o titularidad de la obra es la misma que aquella que tiene la propiedad sobre el soporte, lo cual genera una diferencia entre el titular del *corpus mysticum* y el del *corpus mechanicum*. Por lo tanto, los futuros adquirientes de la obra presentan un deber de cuidado adicional, pues el deterioro físico del soporte podría afectar el bien inmaterial (Guzmán, 2014). De este modo, la defensa del derecho a la integridad de la obra es de mayor alcance en las obras plásticas, dado su carácter único e irrepetible.

Un ejemplo reciente de afectación a este derecho en obras plásticas en Perú lo encontramos en el analizado por Indecopi en la Resolución N° 614-2018/CDAINDECOPI, donde la Municipalidad de Lima decidió borrar los murales realizados a propósito del Festival Internacional de Arte Urbano Latido Americano. Dicha eliminación se realizó sin el consentimiento de los autores, pese a que contaban con la debida autorización del propietario de los soportes que las contenían. En ese sentido, la eliminación o destrucción total de las obras realizadas supone una afectación al derecho de integridad. Aunque el caso fue apelado, la resolución fue confirmada por el Tribunal de Propiedad Intelectual, obligándose a la denunciada al pago de la multa correspondiente.

Pese a todo lo mencionado, no se puede afirmar que las obras apropiacionistas afecten al derecho a la integridad. Como se ha podido apreciar, hay una relación entre el carácter único de la obra y la mayor protección de este derecho. Sin embargo, de los ejemplos mostrados, el artista apropiacionista extrae y reproduce la obra en otro lado para su posterior modificación, dejando intacto el ejemplar “único” y sin perjudicar su integridad. Así, en el marco del caso de los murales eliminados por la Municipalidad de Lima, la Dirección de Derechos de Autor de la autoridad administrativa ha señalado lo siguiente:

[...] La lesión del derecho de integridad con relación a las obras plásticas, tiene un doble aspecto, ideal y material. Así por ejemplo el borrado de un software de la memoria interna de un ordenador o la destrucción del manuscrito que contiene la obra literaria **no producirán un atentado contra el derecho de integridad de la obra, salvo se trate del ejemplar único de la obra**, mientras que la alteración o mutilación de una obra plástica única supondrá siempre el más grave de los atentados en contra del derecho a la integridad del autor dado que implicará la destrucción de la obra misma. (el resaltado es mío) (Indecopi, 2018).

Queda claro, entonces, que la apropiación en el mundo del arte no afectará derechos morales si se siguen ciertos parámetros. Primero, el artista tendrá la obligación de incluir o mencionar el nombre del autor de la obra primigenia, reconociendo su autoría. Segundo, la apropiación no deberá afectar en absoluto la integridad de la obra primigenia, dejándola intacta para su futura visualización o apreciación.

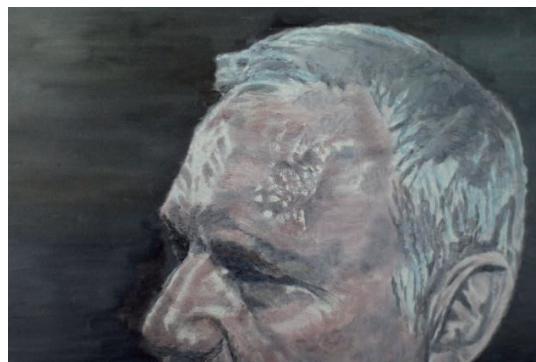
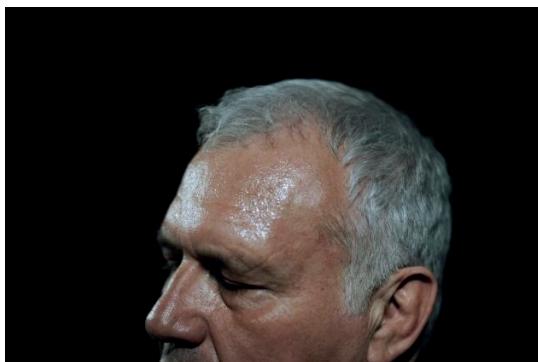
### 3.2. La vulneración de los derechos patrimoniales

Para el análisis de los derechos patrimoniales, existen otras cuestiones que deben ser analizadas, y que, como veremos más adelante, son determinantes para saber si una obra apropiacionista podría estar permitida o no.

#### 3.2.1. La comunicación pública y la reproducción de la obra apropiada

Por el derecho de comunicación pública, el autor tiene derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir todo acto por el cual una o más personas puedan tener acceso a su obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Así, conforme al artículo 2º, numeral 5 de la LDA, esta comunicación pública comprende todo el proceso necesario que conduzca a que la obra sea accesible al público.

Para el caso de obras plásticas conviene hacer algunas precisiones. Primero, se debe saber que la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones son un supuesto de comunicación pública conforme a la ley, razón por la cual, será necesaria la autorización del titular de la obra para su comunicación. Asimismo, merece mención lo señalado en el artículo 81º de la LDA, por el cual la enajenación del objeto material que contiene una obra de arte, “confiere al adquirente el derecho de exponer públicamente la obra”, salvo pacto en contrario.



A la izquierda, la fotografía del político Jean-Marie Dedecker tomada por Katrijn Van Giel (2010). A la derecha, la obra *A Belgian Politician* (2011) de Luc Tuymans. Imagen extraída de: <https://www.theartnewspaper.com/2015/03/01/the-verdict-that-flies-in-the-face-of-art-history-luctuymans-guilty-of-copyright-infringement>

¿Es la apropiación artística una comunicación pública de la obra? Dado que en el arte apropiacionista se extrae una obra ajena para presentarla en un contexto distinto al que se espera por su autor, se trata efectivamente de una comunicación pública no autorizada. No obstante, si la nueva presentación o exposición de la obra tiene modificaciones tales que la distinguen de la original, entonces no podríamos hablar estrictamente de una comunicación, sino de una transformación que la convierte en una obra diferente a la anterior. Así, conviene mencionar algunos ejemplos. La obra *A Belgian Politician* (2011) de Luc Tuymans es una representación exacta de la fotografía tomada por Katrijn Van Giel en el año 2010.

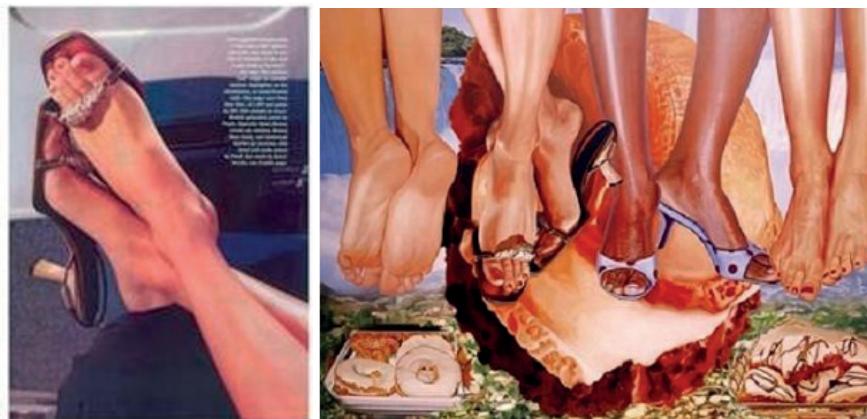
En ese sentido, la obra realizada por Tuymans, al presentarse casi igual que la fotografía, e independientemente de los derechos de imagen del político presentado, se trata de una reproducción y comunicación pública no autorizada, razón por la cual, el artista y el comprador de la obra tuvieron que pagarle a la fotógrafa por su comunicación al público. Lo mismo habría ocurrido con la obra de Sherrie Levine ya que, si bien no ha vulnerado ningún derecho moral, de haberse denunciado a la artista por la comunicación pública de las fotografías de Walker Evans sin la autorización correspondiente en nuestro país, dicha demanda habría sido fundada.

Por otro lado, la reproducción de una obra dependerá del parecido entre la nueva creación y la obra que ha sido objeto de apropiación por el artista. Como se sabe, la LDA entiende la reproducción como fijación de una obra en un soporte o algún otro medio que permita su comunicación. Por tanto, el autor será quien decida sobre la reproducción de la obra, la cual comprende, conforme al artículo 32º de la misma ley, la imprenta o cualquier otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el

registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual. Así, en palabras de Diego Guzmán, a diferencia de la obra originaria, la copia o reproducción “representa el contenido expresivo de la obra originaria, pero fuera de eso constituye una cosa vacía” (2014, pp. 87-88), razón por la cual solo la obra originaria goza de originalidad. Esta reproducción puede ser total o parcial, por lo que solo bastará copiar un extracto de esta sin las autorizaciones respectivas para considerarla una infracción a este derecho.

El ejemplo más vivo de la infracción al derecho de reproducción es la piratería de obras musicales, literarias y audiovisuales. No obstante, las obras plásticas tampoco están exentas de dicha posibilidad. Muestra de ello es el caso recaído en Resolución N° 07602010/TPI-INDECOPI, donde la Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV) demandó al periódico *El Comercio* por la reproducción y distribución no autorizada de numerosos cuadros de distintos artistas, entre ellos Pablo Picasso, Jackson Pollock y Andy Warhol. Así, estos fueron reproducidos en las páginas de diferentes ediciones de los periódicos sin autorización, con lo cual, se habría afectado el derecho de reproducción de la obra.

Cuando el autor realiza una obra apropiacionista que solo pretende imitar lo anteriormente creado, se está generando una mera copia o reproducción. Así, volviendo al caso de las obras realizadas por Fernando Bryce, estas constituyen una reproducción a mano del texto y fotografías de diferentes portadas de periódicos, tales como *El Comercio* o *Courier*. Lo mismo ocurre en las reproducciones totales de las fotografías de Walker Evans por la artista Sherrie Levine, de haberse creado dichas apropiaciones artísticas sin las autorizaciones correspondientes, estaríamos ante un claro supuesto de infracción al derecho de reproducción.



A la izquierda, la obra *Silk Sandals* by Gucci de Andrea Blanch. A la derecha, la obra *Niagara* de Jeff Koons, la cual usa, entre otros recortes, el par de pies elaborados por Blanch.  
Imagen extraída de: <http://www.artistrights.info/blanch-v-koons>

Sin embargo, cuando la reproducción realiza, además, modificaciones tales que lo diferencien de la anterior, ya no podríamos estar en un supuesto de reproducción de la obra. Ello ocurre, por ejemplo, en la obra “Niagara” de Jeff Koons, la cual consiste en un *collage* realizado con distintas ilustraciones, entre ellas la creada por Andrea Blanch, denominada *Silk Sandals by Gucci*.

Así, la autora Andrea Blanch demandó a Jeff Koons por infracción al *copyright* norteamericano, por el uso que había realizado de su ilustración sin autorización. No obstante, la decisión del Tribunal en el caso *Blanch v. Koons* fue declarar infundada la demanda, toda vez que se trataba de un uso transformativo de la obra (United Court of Appeals, 2006), el cual está permitido bajo ciertos parámetros del *fair use*. En ese sentido, no se puede hablar de una reproducción de la obra que infrinja derechos de autor, ya que no se trata de una imitación exacta de la obra originaria.

### 3.2.2. La inevitable transformación de la obra

Aunque el término “transformación” no posea una definición concreta en la LDA, este es entendido como la creación de una obra que se haya basado en una anterior. Así, se debe considerar que, en el arte contemporáneo, y recordando lo establecido por Danto, suele haber una disponibilidad del arte del pasado para el uso que el artista actual quiera darle, lo cual implica una adaptación o transformación de una obra anterior (Guzmán, 2018). En este orden de ideas, por el derecho de transformación, conforme a lo regulado en los artículos 6º y 31º, inciso d, el autor tiene derecho a hacer o autorizar toda adaptación, traducción, actualización y demás transformaciones de una obra que se haya realizado en el pasado.

A partir del derecho de transformación, se crean las denominadas obras derivadas, las cuales, si bien poseen carácter de originalidad, requieren de la autorización previa del autor de la obra originaria para su creación. De lo contrario, estaríamos ante un supuesto de infracción de este derecho. Un ejemplo de transformación de obras plásticas lo vemos en la película *Shirley: visiones de una realidad* (2013), dirigida por Gustav Deutsch, en donde distintas escenas recrean una variedad de pinturas del artista Edward Hopper con el uso de determinados colores y composición.

En el caso de la apropiación artística, si no se pide la autorización respectiva, la vulneración al derecho de transformación de la obra es inevitable. En ese sentido, el autor apropiacionista, al utilizar una obra originaria para la creación de su pintura, dibujo o escultura, que luego es modificada generalmente, la creación de una obra derivada, ya que se está realizando una transformación de la obra primigenia. Así, si bien en EE. UU. la demanda por la obra *Niagara* de Jeff Koons se declaró infundada, según la LDA peruana habría constituido una infracción al derecho de transformación, toda vez que la obra de Blanch fue modificada para la creación de una obra nueva, por lo tanto, se debió de haber pedido la autorización respectiva.

Otro ejemplo de transformación, un poco más colindante con la reproducción, lo encontramos en algunas obras de Claudia Coca, en particular en la obra *Dream Card* (a la izquierda), donde la autora se pinta a sí misma en una posición y vestimenta similar a una fotografía de los personajes de la serie *Mi Bella Genio* creada por Sidney Sheldon (a la derecha).



Imágenes extraídas de: <https://www.pinterest.es/pin/700591285757552837/>  
[https://www.elespanol.com/cultura/arte/20180304/claudia-coca-wonder-woman-arte-machismoracismo/288972357\\_0.html](https://www.elespanol.com/cultura/arte/20180304/claudia-coca-wonder-woman-arte-machismoracismo/288972357_0.html)

Así, en esta ilustración, existe una transformación de los personajes que tienen derechos de autor, toda vez que se ha realizado una obra derivada de la fotografía. De haberse realizado la obra de Claudia Coca sin los permisos o autorizaciones correspondientes, la LDA lo consideraría inmediatamente una infracción al derecho de transformación de Sheldon.

En consecuencia, queda claro que la regulación actual de los derechos de autor no permite la apropiación artística de las obras sin autorización de su titular, ya sea que nos encontremos frente a un *collage* que afecte el derecho de reproducción o una apropiación que afecte el derecho de transformación. Cabe preguntarnos entonces si resulta adecuado establecer por ley que el autor deba pedir autorización o si estamos ante una vulneración de la libertad artística en el ejercicio de esta práctica en el mundo del arte.

#### 4. El régimen de excepciones y limitaciones en el derecho de autor

Nosotros nos inclinamos por la idea de que obligar a los artistas apropiacionistas a solicitar autorización podría, en ciertos casos, vulnerar su libertad artística. En ese sentido, debemos recordar que la apropiación artística es una práctica extendida no solo a nivel mundial, sino también en nuestro país. Ejemplo de ello son las obras de *collage* realizadas por el artista Kike Congrains, las ilustraciones de Cherman y las obras de Claudia Coca, quienes, pese a sus intenciones diferentes, usan obras ajenas para crear obras nuevas con cierta originalidad. Siendo esto así, estas apropiaciones constituyen una manifestación del arte contemporáneo ya desarrollada en el Perú, razón por la cual resulta necesaria su consideración en nuestro sistema jurídico.

Asimismo, en estos supuestos ya no nos encontramos en el campo de las ideas, pues las opiniones filosóficas del apropiacionismo ya se han materializado en una obra concreta y, con ello, debe existir una necesaria intervención en el derecho de autor. ¿Cómo podemos proteger la libertad de expresión artística en este campo? Valicenti (2015), menciona la posibilidad de una protección a la libertad de expresión artística por parte del Estado, la cual debe ampararse frente a la intervención de terceros mediante el régimen de excepciones o limitaciones, pues las normas autorales pueden afectar esta libre manifestación.

Algunos podrían creer que la apropiación artística es solo un supuesto de simple inspiración, ya que las obras del pasado suelen usarse como inspiración para realizar obras en el presente. Sin embargo, no toda creación inspirada en alguna obra supone necesariamente una transformación que requiera autorización de su titular. El uso de inspiraciones o referencias no solo será posible en la creación de obras de arte plástico, sino en cualquier obra producto de la expresión artística de su autor. Incluso, desde el punto de vista jurídico, el derecho de autor admite que la creación realizada se base en elementos previos, sin que sea necesario que este se encuentre libre de toda influencia ajena (Lipszyc, 2017). No obstante, considerar la apropiación artística solo como una inspiración no soluciona el problema de fondo, el cual es la extracción exacta o similar de elementos de una obra para pasarlos a otra. Por lo tanto, asumir que toda apropiación es solo una inspiración no es viable conforme a los ejemplos de obras apropiacionistas que se han presentado.

Por el contrario, hablar de excepciones o limitaciones resulta más viable, toda vez que van a limitar

el ejercicio de derecho de autor en determinadas circunstancias y considerando los intereses de los agentes involucrados. De la Parra (2015) señala que las relaciones jurídicas en el derecho de autor comprenden una tríada de intereses: los de los autores, los de empresas explotadoras de obras, y los del público destinatario, razón por la cual las excepciones apuntan a evitar el perjuicio excesivo a los intereses del público o los empresarios. Así, si bien la apropiación artística es una forma de expresión que escoge el autor de una obra, se trata también de un ejercicio de la libertad de expresión como público de la obra, cuya posible regulación bajo ciertos parámetros podría evitar un perjuicio excesivo al interés del artista apropiacionista de expresar su opinión.

#### 4.1. El régimen cerrado de excepciones y limitaciones del civil law

Existen dos regímenes utilizados según el sistema jurídico que rige en el país: la doctrina del *fair use* o “uso razonable”, usado en el derecho anglosajón, y el sistema cerrado de excepciones o limitaciones, usado en el derecho continental. Este último será relevante para ver si es posible regular la apropiación en el Perú.

El sistema cerrado de excepciones y limitaciones es propio de los sistemas jurídicos continentales y consiste en la enumeración taxativa de las excepciones. En ese sentido, el artículo 50° de la LDA señala que “Las excepciones establecidas en los artículos precedentes, son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados”. Por lo tanto, para la creación de una excepción, esta deberá incluirse expresamente en el Título IV de la ley mencionada y será de interpretación restrictiva. Cabe cuestionarnos si la apropiación artística constituye un supuesto que calce exactamente en lo señalado en alguna excepción o limitación, para lo cual corresponde ver algunas posibilidades.

##### 4.1.1. La apropiación como uso del derecho de cita

La excepción por el derecho de cita otorga la posibilidad de que cualquier persona pueda hacer uso parcial de una obra ajena sin necesidad de autorización del autor ni de algún pago de remuneración, siempre que dicho uso cumpla con algunos requisitos establecidos por ley. El artículo 44° de la LDA menciona que se podrá ejercer el derecho de cita siempre que: (i) sea de una obra lícitamente divulgada, (ii) se indique el nombre del autor y la fuente, (iii) las citas se realicen conforme a los usos

honrados, y (iv) en la medida justificada por el fin que se persiga. Cabe señalar que existen algunas legislaciones, como la Ley de Propiedad Intelectual de España, que exigen además que se realice con fines docentes o de investigación, lo cual solo daría posibilidad de utilización de las citas a través de las investigaciones. Sin embargo, dicho requisito no es necesario en la regulación peruana, por lo que el citado puede realizarse en obras de carácter artístico o no académico.

Determinar que la apropiación artística pueda ampararse en el ejercicio del derecho de cita es un asunto controvertido. Dado que en el arte apropiacionista se usa una obra ajena para su recontextualización, bajo esta teoría, el artista estaría ejerciendo su derecho de cita para usar dicha obra en su pintura, escultura o dibujo. Así, Guzmán señala que la excepción del derecho de cita es lo suficientemente amplia como para abarcar a las obras de arte, “siempre que se indique la fuente y el autor y que la extensión de esta obedezca a los usos honrados” (2014). En consecuencia, siguiendo esta posición, si la obra *Niagara*, ya analizada, hubiera indicado el nombre de Andrea Blanch y la fuente, sí se trataría de una cita que cumpliría con todos los requisitos.

No obstante, debo discrepar de esta posición, toda vez que el derecho de cita presenta algunos requisitos expresos que no se realizan en la práctica. Exceptuando la exposición *After Walker Evans* de Levine, la inclusión del nombre del autor y la fuente no es algo que se realice frecuentemente en las obras apropiacionistas. Asimismo, resulta problemático determinar la medida justificada por el fin perseguido, ya que las obras plásticas no presentan un fin en sí mismo más que la expresión de un mensaje o la apelación al carácter estético, lo cual no es justificación suficiente según la excepción para el “citado” de una obra ajena. En esta misma línea, Sòria (2021) señala que, para el funcionamiento de la cita, esta debe tener la intención de entrar en un diálogo con el trabajo original, lo cual dificulta la justificación de citar en una obra plástica. Por todo lo mencionado, la posibilidad de considerar la apropiación como un uso del derecho de cita queda descartada.

##### 4.1.2. La apropiación como parodia

Si bien no tiene una definición jurídica expresa, la parodia es una institución relevante en el derecho de autor. Esta consiste en la “imitación burlesca” de una obra protegida, tratándose de una reelaboración cuyas modificaciones manifiesten una versión



jocosa o festiva de la obra que se pretende parodiar (Marciani y Solórzano, 2004). De lo expuesto, la parodia es una obra derivada, es decir, una transformación de la obra que, como excepción al derecho de autor, no requerirá de una autorización del autor originario para su creación. De más está resaltar que la parodia debe cumplir también con el requisito de originalidad para su protección por el derecho de autor como una obra independiente de la cual se pretendía parodiar.

Esta institución se recoge como excepción en el artículo 49º de la LDA, cuya redacción indica la necesidad de cumplir con cuatro elementos para su aplicación: (i) que la parodia sea de una obra previamente divulgada, (ii) que no presente riesgo de confusión con la obra originaria, (iii) que no se infiera un daño a esta o a su autor, y (iv) que se remunere por su utilización al autor originario. Cabe señalar que esta excepción se encuentra justificada por la necesaria protección a la libertad de expresión, toda vez que existe una libertad y necesidad del artista de expresar una opinión a través de su obra artística.

Dicho esto, si la parodia se encuentra ya regulada como excepción al derecho de autor, ¿no bastaría solo con asumir que las obras apropiacionistas son una “parodia” de la obra originaria? Es posible que ciertas pinturas o esculturas puedan apropiarse de obras ajenas, de modo tal que estas se transformen en una obra paródica, siempre cumpliendo con los requisitos mencionados.

Sin embargo, la respuesta negativa a esta salida reside en que la parodia, como habíamos señalado, es una imitación con intención jocosa, es decir, que pretende burlarse o criticar la misma obra, aspecto que no siempre ocurre en la apropiación artística. Así, Eva Sòria (2021) afirma que el arte apropiacionista no encaja dentro de la excepción de la parodia del derecho de autor, debido a que en numerosas ocasiones las obras que siguen esta corriente no coinciden dentro del carácter humorístico, el cual es necesario para considerar a la parodia como tal. Por lo tanto, encajar las obras apropiacionistas en el concepto de parodia sería insuficiente.

Dado que no calza en el supuesto del derecho de cita o de la parodia, nos encontramos en una situación que no ha sido tomada en consideración por el legislador frente a la práctica apropiacionista habitual en el mundo del arte, quedando indiscutiblemente circunscrita a las autorizaciones que pueda otorgar el autor de la obra originaria. En otras palabras, si se realiza la apropiación artística

sin contar con las autorizaciones respectivas, estaríamos ante una infracción.

#### 4.2. Justificación y Regla de Tres Pasos

Al oponerse este contexto al ejercicio de la libertad artística de los autores, resulta adecuado revisar si la inclusión taxativa de la apropiación artística como excepción o limitación en el régimen jurídico continental es válida y no vulnera de manera injustificada los derechos de autor en la práctica. Para ello, debe cumplir con la Regla de los Tres Pasos, aplicada en la jurisprudencia internacional para la delimitación del uso de excepciones y limitaciones determinadas por ley. Así, conforme a esta regla señalada en el artículo 21º de la Decisión 351 de la CAN, la posible excepción deberá cumplir con los siguientes requisitos: (i) que se trate de un caso especial, (ii) que no atente contra la normal explotación de la obra, y (iii) que no se perjudiquen los intereses legítimos del titular. Para determinar su cumplimiento, se hará referencia al Proceso 248IP-2014 efectuado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, donde se aplicó este criterio para resolver el caso APSAV vs. El Comercio, el cual está referido a obras plásticas.

La apropiación artística que se pretende regular sí cumple con los tres requisitos. Primero, tenemos que se trata de un caso especial, donde solo se exceptuaría la apropiación artística para la creación de obras plásticas y no la apropiación en otros tipos de obra, tratándose de un campo limitado de aplicación. Así, como se señala en el fundamento 60 de la sentencia, se estaría garantizando “un grado suficiente de certidumbre jurídica” (TJCA, p. 16). Esto es debido a que la práctica apropiacionista es más frecuente en este mercado, y extenderlo a otros ámbitos podría desnaturalizar su propósito en perjuicio de los creadores de obras originarias.

Segundo, no se estaría atentando contra la normal explotación de la obra, lo cual implica que no entre en competencia económica con la forma en que los titulares obtienen un valor económico de su derecho (OMC, en TJCA, p. 18). La apropiación artística, además de ser una práctica frecuente en el mercado de las artes visuales, es un incentivo que da a conocer la obra en la cual se basó el artista apropiacionista para su creación, fomentando el mercado del autor originario y sin privarlo de utilidades comerciales. Es evidente que el artista tendría que colocar el nombre del autor de la obra originaria a fin de no afectar su normal explotación.

Por último, con la excepción propuesta no se estarían perjudicando los intereses legítimos del titular pues, hallándose dentro de los límites de lo razonable, es proporcional que solo algunos casos de obras apropiacionistas se exceptúen. Así, la excepción o limitación al derecho de autor solo será de aquellos casos de apropiación artística en donde se realice una transformación tal que no implique riesgo de confusión con la obra originaria, siendo la obra derivada o apropiacionista necesariamente una obra plástica. En este orden de ideas, se deberán sancionar las apropiaciones que constituyen una mera reproducción de la obra sin modificaciones, así como las transformaciones que impliquen un riesgo de confusión con la obra originaria o su autor. Por lo tanto, las obras apropiacionistas requerirían de un rasgo diferenciador que constituya dicha obra como una transformación.

¿Cómo establecer su posible regulación como excepción en el sistema jurídico peruano? La regulación que presenta actualmente la parodia es la más adecuada para establecer la excepción a la apropiación artística, ya que ambas suponen transformaciones que no pretenden confundirse con la obra originaria, sino expresar una opinión sobre esta. Asimismo, la regulación de la parodia por el artículo 49º genera la necesidad de regular también la apropiación artística bajo los mismos parámetros, no solo porque ambos supuestos pueden protegerse por la libertad de expresión, sino porque realizar un trato diferente a la parodia y a la apropiación artística supone un trato diferenciado a las ideas que se pretenden expresar. El carácter jocoso o la simple mención a una obra ajena son cuestiones que no deben ser materia de discusión al hablar de derechos de autor, si en ambos supuestos las formas de expresión no generan confusión ni perjudican en demasía a otros autores.

Así, dada la pertinencia de su regulación, se requiere modificar la redacción del artículo 49º en los siguientes términos:

Artículo 49.- No será considerada transformación que exija autorización del autor la parodia **o apropiación artística, en este último caso para la creación de obras plásticas**, de una obra divulgada mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor .

Merece atención destacar que el requisito de remuneración al autor originario por el uso convierte esta limitación en imperfecta, en la medida que la necesidad de realizar un pago por el ejercicio de

la libertad de expresión supone un limitante indirecto a su ejercicio. En consecuencia, somos de la idea de que es más adecuado eliminar este requisito para realizar tanto la parodia como la apropiación artística.

### Conclusiones y reflexiones finales

La protección de obras plásticas por el derecho de autor peruano requiere un análisis de originalidad subjetiva, es decir, como impronta de la personalidad, sin que sea necesario analizar el mérito que tiene la obra. Aunque una obra ingrese al dominio público, la protección de la autoría y la integridad de la obra son perpetuos, por lo que toda apropiación artística debe amparar estos derechos. Si bien las ideas no se protegen por el derecho de autor, la expresión de estas ideas está garantizada por un derecho constitucional.

El arte apropiacionista es una práctica consistente en el uso de obras ajenas y su recontextualización para crear una obra nueva, independientemente de la autorización que se tenga del primer autor para hacerlo. Surge en el arte contemporáneo con la intención de cuestionar la importancia que se le da a la originalidad y la autoría en el arte. La apropiación “imitadora” es la que puede generar mayor controversia jurídica y, pese a ello, sigue mostrándose en la actualidad peruana y mundial.

Si bien es posible que la apropiación artística, en ciertos casos, no vulnere derechos morales de autor, es inevitable la afectación a los derechos patrimoniales de sus titulares. La apropiación artística realiza de modo inevitable una reproducción o, de modificarse sustancialmente, una transformación de la obra originaria, para lo cual se requiere una autorización que no siempre está en la creación de estas obras. Esta regulación no se adapta a la realidad artística, razón por la cual debe ser modificada.

Para la regulación de la apropiación artística en el sistema cerrado de excepciones y limitaciones, no se podrá aplicar la doctrina del *fair use*, ni tampoco se puede entender la apropiación como un uso del derecho de cita o una parodia. En consecuencia, para su adaptación a la realidad artística, se requiere de una excepción taxativa que posibilite la transformación en casos de apropiación artística al realizar obras plásticas, respetando siempre lo establecido en la Regla de los Tres Pasos.

La utilidad de la regulación de la apropiación artística se demuestra no solo en la habitualidad con



que se realizan este tipo de creaciones en el mundo del arte, sino también en la necesidad de proteger la libertad de expresión artística. De este modo, otorgar desde el derecho de autor un trato diferenciado a la parodia y a la apropiación artística vulneraría este derecho, toda vez que la protección de obras plásticas no reside en las ideas transmitidas, sino solo en la forma de expresión de estas ideas. El amparo de la apropiación artística solo será admisible si no constituye un uso abusivo de la excepción, de lo contrario, se afectaría lo señalado en la Regla de los Tres Pasos.

## Referencias bibliográficas

- Corona, L. (2008). *Estrategias de la posmodernidad: apropiacionismo y pastiche, experiencia creativa en el campo del ensamblaje* [ Tesis de Maestría, Universidad Nacional Autónoma de México] . <https://repositorio.unam.mx/contenidos/93554>
- Danto, A. (1999). Introducción: moderno, posmoderno y contemporáneo . En *Después del fin del arte*, (pp. 25-41). Barcelona.
- De la Parra, E. (2015). *Derechos Humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación* (2.da. ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Furió, D. (2014). *Apropiacionismo de imágenes: Found footage*. Departamento de Escultura de la Universitat Politècnica de Valencia <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/37019/APROPIACIONISMO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Guerrero, M. (2021). El poder se nutre de dogmas. El apropiacionismo en la obra de Herman Braun-Vega. *Letras (Lima)*, 92 (135), 177-190. <https://doi.org/10.30920/letras.92.135.13>
- Guzmán, D. (1 de diciembre de 2014). *El Derecho de Cita y la apropiación artística* . Universidad Externado de Colombia. <https://propintel.uxternado.edu.co/el-derechode-cita-y-la-apropiacion-artistica/>
- Guzmán, D. (2018). *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Universidad Externado de Colombia.
- Indecopi. (2012). *Derecho de Autor. Guía informativa. Una herramienta al servicio de los creadores*. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4268>
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales* (Vol. 2). Fondo Editorial PUCP. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Lipszyc, D. (2017). *Derecho de autor y derechos conexos* (1.a ed.). Cirlalc. <https://play.google.com/books/reader?id=qd30DwAAQBAJ&pg=GBS.PT2&hl=es>
- López, E. (2020). La autoría y la apropiación en la creación del siglo XXI . *Revista SOBRE*, 6, 15-24.
- Maraví, A. (2010). Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el derecho de autor. *Cuaderno de Trabajo N° 16 del Departamento Académico de Derecho de la PUCP*. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/46738>
- Marciani, B y Solórzano, R. (2004). La libertad de expresión y la parodia en el derecho a la propiedad intelectual. *Derecho PUCP*, ( 57) , 263-285. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200401.014>
- Ortega, J. (2000). *Obra plástica y Derechos de Autor*. Editorial Reus S.A.
- Otero, J. (2008). La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías . *Revista jurídica del Perú*, ( 86), 401-418.
- Panozzo, A. (2015). LiMAC, la apropiación como práctica contemporánea . *European Review of Artistic Studies*, 6( 2), 41-53. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5587380>
- Peggy Guggenheim Collection. *Andy Warhol. Flowers*. <https://www.guggenheimvenice.it/en/art/works/flowers/>
- Ramírez, J. (2015). *El 'Caso Troya'; Legalidad de la obra arte apropiacionista* [Trabajo de Grado, Universidad de los Andes]. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/18639/u722617.pdf?sequence=1>

Sánchez, M y Garrido-Román, M. (2017). Copias de copias: la apropiación de la apropiación en Arte Contemporáneo. *Observar*, 2 (11), 203-217. [https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/53576/OBSERVAR%202017\\_2.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/53576/OBSERVAR%202017_2.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Solórzano, R. (2015). En torno al derecho moral del autor a la integridad de su obra: reflexiones a propósito del daño efectuado a los murales en el Centro de Lima. *Derecho PUCP*, (74), 97-112. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201501.003>

Sòria, E. (2021). Arte Contemporáneo y Derechos de Autor [Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona].

<https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Valicenti, E. A. (2015). La libertad de expresión artística como derecho fundamental. *Lecciones y Ensayos*, (94), 133-164.

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/94/la-libertad-de-expresionartistica-como-derecho-fundamental.pdf>

#### Jurisprudencia:

Indecopi. (1999). Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI.

Indecopi. (2010). Resolución N° 0760-2010/TPI-INDECOPI.

Indecopi. (2018). Resolución N° 614-2018/CDA-INDECOPI.

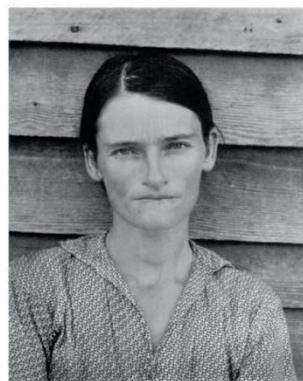
Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 248-IP-2014; 5 de noviembre de 2015.

United States Court of Appeals. Roger v. Koons, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992).

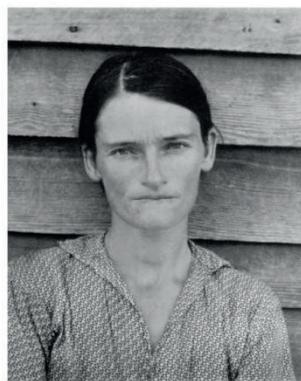
United States Court of Appeals. Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

## ANEXOS DE IMÁGENES

### Anexo 1:



Walker Evans  
Alabama Tenant Farmer Wife, 1936  
Gelatin silver print



Sherrie Levine  
After Walker Evans 1981

Extraído de: <http://arts.recursos.uoc.edu/projecte2/es/after-walker-evans/>



## Anexo 2:



Extraído de: <https://nazmiyalantiquerugs.com/blog/andy-warhol-flowers-patricia-caulfield-hibiscus-blossoms/>

## Anexo 3:



Portada de El Correo de la UNESCO (1951), a la derecha. Interpretación artística de Fernando Bryce (2015), a la izquierda.

Extraído de: <https://es.unesco.org/courier/2018-4/fernando-bryce-inspiracion-historia> Anexos 5 y 6:



Extraído de: <https://enlima.pe/blog/herman-braun-vega-vida-y-expresion-de-un-artistadel-mestizaje>

Extraído de: <https://historia-arte.com/obras/la-danza-de-matisse>