

“Appropriation Art en la Escultura “, Disertación del Abogado y Profesor Damián Marcelo Dellaqueva, en el Congreso Internacional de Derecho del Arte, realizado en el marco de la Bienal de Arte de la ciudad de Resistencia, Chaco, Argentina , el 15 de Julio de 2.024.-

Para el análisis de los casos, es importante tener un concepto de *appropriation art* apropiado desde el punto de vista ontológico y fenomenológico, de lo contrario, no realizaríamos un encuadre correcto del caso, una de las definiciones que considero más pertinente es la siguiente:

Appropriation Art es una forma de arte muy común en las obras de arte contemporáneo, que toma "imágenes de la cultura popular, la publicidad, los medios de comunicación y las obras de arte de otros artistas, ya sean de dominio público o aún protegidas por derechos de autor, y las incorpora a nuevas obras de arte". Como se señaló, la capacidad técnica de un artista es menos importante que su capacidad conceptual para utilizar imágenes u objetos preexistentes y, de esta manera, cambiar su significado. (1) *(L'appropriation art é una forma d'arte molto comune alle opera dell'arte contemporanea che prende "immagini della cultura popolare, della pubblicità, dei mass media e delle opere d'arte di altri artista, sia dei pubblico dominio sia ancora protette da diritti d'autore, e le incorpora all'interno*

di nuove opere d'arte. Come osservato, la capacità tecnica di un artista é meno importante rispetto alla sua abilità concettuale di utilizzare immagini o oggetti preesistenti e, in questo modo, cambiare il loro significato.) (1)

Rogers v. Koons



Art Rogers - "Puppies"



Jeff Koons - "String of Puppies"

Teniendo presente esta conceptualización, voy analizar el célebre contencioso Rogers vs. Koons.,(1.992) la obra escultural denunciada por plagio, por parte del Fotógrafo Rogers, en realidad según mi opinión esta obra escultural, no encuadraría en una combinación conceptual de imágenes, más bien, estaríamos ante una adaptación, dado que se cambia del género fotografía artística, al género escultura.-

Koons en el litigio, funda su defensa en la excepción de parodia, pero en EE.UU. los precedentes judiciales, se inclinan por el criterio, que para esgrimir dicha defensa, la misma debe ser realizada con humor, la autora Eva Soria Puig cuando analiza el fallo vertido en unos de sus libros que citaré, manifiesta: En Rogers vs. Koons (1.992) el artista Jeff Koons realizó una escultura basada en una fotografía del fotógrafo Rogers, reconoció que se inspiró en la fotografía y argumentó en su defensa que su escultura era una parodia sobre las banalidades de la clase suburbana de los EE.UU. El tribunal no aceptó la defensa del *fair use* porque la escultura no parodiaba la fotografía original en concreto, sino un concepto o una idea que la fotografía podía o no representar.- (2)

En este tipo de conflictos los elementos que se tenían en cuenta, para justipreciar un supuesto plagio, eran aspectos materiales o sea en la expresión, en la forma de la obra en el *corpus mechanicum*, en términos porcentuales de similitud, se consideran en no excederse un 20 por ciento de similitud y sobre aspectos esenciales o accidentales de la supuesta obra plagiada.

Pero si compartimos también, que el artista realiza la escultura, con el fin de comprender un concepto, estaríamos ante una escultura enmarcada en el género del arte conceptual, a semejanza de la realizada por Damian Hirst, (otra obra también célebremente nota por conflictos pero a nivel privado) “La imposibilidad física de la muerte en la mente de un ser vivo” donde la materialidad de la obra, no tiene la misma intensidad de relevancia ,como la conceptualidad del Título de la obra, el cual sí proyecta al espectador hacia una reflexión profunda que no es la misma percepción de goce frente a la observación de una obra de arte visual. En este género de Arte el artista pretende hacer pensar al espectador y comprender ciertos conceptos o experiencias.



Damian Hirst, “La imposibilidad física de la muerte en la mente de un ser vivo” 1.991.-

Sol Le Witt, definía el arte conceptual como “las ideas pueden ser obras de arte, son parte de una cadena de desarrollo que eventualmente pueden encontrar forma. No todas las ideas tienen que ser tangibles.” (3)

Es que también, las ideas y los sentimientos no necesitan de soportes o fijación (requisito que depende en particular de cada jurisdicción) para ser transmitidas.

La dificultad entraña, cuando se pretende deducir la idea desde la expresión, desde la forma extrínseca, del lenguaje que emplea el Artista.

La neutralidad estética del Juez o la no necesidad de merituar lo artístico, surgió considerando que en la historia del arte, se prohibieron o no se legitimaron obras de arte, que por ser rupturistas no eran valoradas como tales y tardaron mucho tiempo hasta ser entendidas en el nuevo lenguaje que expresaba el artista.

La ley de Propiedad Intelectual inglesa establece la protección de las obras “*irrespective of artistic quality*”.-

Hay obras, donde sí, habría en mi opinión, un encuadre más propio con la Técnica de combinación conceptual de imágenes, que encuadrarían en *Appropriation Art* como en el caso de Lynn Goldsmith vs. Andy Warhol donde hay un uso es de fotografía a fotografía.



Lynn Goldsmith vs. Andy Warhol 1984

Los temas característicos del pop art fueron los de la cultura popular, las imágenes difundidas por los medios de comunicación, los objetos cotidianos en su aspecto más banal. En definitiva, asuntos frívolos, superficiales, intrascendentes, todo aquello que pudiera llamar la atención del público y que antes hubiese sido despreciado por el arte tradicional. Y es que para los artistas del movimiento pop era un objetivo declarado, y también una estrategia comercial, la recreación de la banalidad subyacente en todo lo cotidiano. Teniendo en cuenta los objetivos estéticos, temáticos y comerciales del arte pop, no es de extrañar que sus procedimientos artísticos preferidos fuesen los que integran plenamente en

la cadena de producción industrial, creando así un tipo de arte producido en serie y que, como tal, pretendía generar un efecto de falta de emotividad, de ausencia del artista creador y de subjetividad. (4)

Este caso, también dio lugar a un litigio judicial, no me voy a detener en su análisis, fue resuelto recientemente en los primeros meses del año 2024, por la Corte Suprema de EE.UU., donde en mi opinión no hubo un abordaje propio sobre los aspectos ontológicos, fenomenológicos, estéticos, y de la personalidad del Artista Warhol, enmarcado en la historia del Arte, entre otras carencias de consideraciones.

Cariou vs. Richard Prince, otro célebre contencioso, donde también el uso es de fotografía a fotografía, el Tribunal se cuestionó si “un observador razonable (...) podría descubrir en las obras de Prince una estética distinta a la de las obras de Cariou” e interpretó el primer factor considerando que la imagen original había sido transformada gracias al efecto de las guitarras superpuestas a las imágenes de Cariou, que daban a las imágenes “una nueva expresión, significado o mensaje” volviéndose más provocadoras, muy diferentes a la belleza capturada por Cariou presentando a los Rastafari en su ambiente original. La novedad en Cariou es que el tribunal aceptó el concepto de transformación a pesar de que la finalidad del uso de las dos obras era muy similar. (5)



Cariou vs. Prince 2013

Retomando el caso Rogers vs. Koons, en mi opinión, sería más apropiado encuadrar el caso como la escultura perteneciente al género Arte Conceptual, es importante tener presente, que al observar una Escultura, se debería merituar sus elementos y componentes estéticos del lenguaje propio del artista, por ejemplo, según el Artista Henry Moore, la obra escultórica, debía tener su propia vitalidad, independientemente del objeto que representase. Cercano al surrealismo durante la década de los treinta, y más tarde a la abstracción, Moore realiza monumentales esculturas que combinan forma y espacio, con cavidades que poco a poco se convierten en una de las características más personales de sus trabajos. (6)



Dos Grandes Formas. Henry Moore. año 1.969

En los distintos géneros de arte es necesario observar los elementos característicos propios del género y del artista. Veamos en la siguiente cita, como en otros géneros artísticos se consideran.

En el diálogo narrativo, que no tiene más que la palabra, no puede ser igual que el teatral o el cinematográfico, que dispone de la corporeidad del personaje, su voz, su gesto y el contexto visible. Para ser verdaderamente fiel tiene que ser recreado en otra forma, según las exigencias de un nuevo género. (7)

Y sobre todo es importante considerar, como éstos elementos, influyen en el cambio de significado en la obra nueva, realizada con la técnica del *appropriation art*.

El Juez Leval de EE.UU., cuando analiza los Factores *Fair Use*, Primer propósito, en el caso *Cariou vs. Prince*, establece que la justificación dependerá en gran medida del nivel de transformación de la copia respecto a su contenido original, modificando su contenido o añadiéndole un nuevo significado, una nueva manera de ver o de entender el trabajo precedente y creando una nueva obra, que a su vez tendrá también derecho de autor. (8) *transformative use-transformative meaning*

En este caso, se vuelve a poner énfasis en el mérito artístico de la obra, lo cual agregó más incertidumbre e inseguridad jurídica, y compete a la cuestión, si los Jueces deben tener neutralidad estética, algo a lo cual se aspira, pero en realidad, en la mayoría de los fallos en ambos lados del Atlántico es difícil de sostener, ya desde el primer célebre *leading case* de Brancusi.-

¿Qué sucede cuando el arte conceptual no es calificado jurídicamente como arte?, ¿puede arribarse a resultado injustos? tal es el caso de la siguiente obra de Wilfredo Prieto, Vaso medio lleno, donde no se la protegió con el Derecho de Autor al Artista, pero el fotógrafo que la fotografió y la utilizó en catálogos, sí habría obtenido beneficios económicos, de esta manera, deberíamos pensar en soluciones que no solo estén subsumidas en el Derecho autoral o bien en otras ramas no apropiadas como la Defensa de la Competencia o el

Derecho de Marcas, sino apuntalar las decisiones judiciales con un abordaje en todo el Derecho.

Si esta obra no es considerada en su dimensión conceptual, su soporte material es replicable y puede ser realizada por cualquier persona, incluso por cualquier persona que no sea Artista, lo cual no la torna original, y quedaría fuera de la tutela del Derecho Autoral.



Wilfredo Prieto: Vaso medio lleno. ARCO

Madrid, año 2015.

Veamos qué establece el Derecho español en la legislación de la propiedad intelectual.

Art. 10.1 L.P.I. “Son objetos de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.” (9)

Una norma de lo más avanzada y hospitalaria para atrapar las innovadoras obras de arte de distintos géneros, lenguajes y soportes, que podría salvar casos injustos como el mencionado anteriormente.

Pero no todas las jurisdicciones poseen una norma tan clara y hospitalaria, y en la actualidad *appropriation art* “navega” por internet digitalmente y globalmente, lo cual lo torna ubicuo, es decir, acontece simultáneamente en distintas jurisdicciones a nivel mundial e incluso en los teléfonos celulares en aplicaciones donde se produce, crea, distribuyen obras del género visual y musical, creadas con la técnica del *appropriation art*, lo que constituye un común denominador universal.

Es necesario, por parte de los operadores del Derecho, un abordaje multidimensional integrativista, debido a que las sentencias en las distintas jurisdicciones, tienen diferentes referencias en cuanto a la consideración del mérito artístico, la fijación y la originalidad y creatividad.

Ya a principios del siglo pasado Francois Géný, había advertido la imposibilidad de resolver los casos con la sola referencia normativa.

El lema de Géný fue “por el Código Civil, pero más allá del Código Civil”. Géný mostró que – como era inevitable- los tribunales no cumplían con las enseñanzas exegéticas y había casos en que lo que pretendía ser una operación lógica deductiva en realidad manejaba criterios ajenos y superiores al Código. Al explicar la libre investigación científica indica que ha de tener en cuenta que en las normas hay ingredientes dados, que son abordados por la ciencia y otros ingredientes contruidos, que constituyen la técnica. Dentro de lo dado, señala cuatro tipos de datos que están en la base de todo sistema de Derecho: los datos reales (condiciones de hecho, por ejemplo, las realidades físicas, biológicas y psicológicas-tradiciones, aspiraciones morales, etc., las condiciones económicas y las fuerzas políticas y sociales); los datos históricos (las reglamentaciones que se han venido configurando); los datos racionales (reglas de conducta que la razón deriva de la naturaleza del hombre y de su contacto con el mundo, que representan un fondo de Derecho Natural clásico, elaborado por los filósofos modernos) y los datos ideales (aspiraciones humanas con miras al progreso del Derecho). (10)

Es importante tener presente la paradoja que se suscita en el Arte, en cuanto el requisito de la originalidad nos aproxima al concepto de Unicidad, pero a su vez se han de considerarse aspectos pantónomos.

En la obra de arte el infinito se expresa de modo finito: lo inconsciente (infinito) es reflejado por ella en la conciencia. Éste es, inclusive, el rasgo característico que distingue la verdadera obra de arte de lo artificioso y de lo que quiere simular el carácter de la primera; pues en la primera todo elemento es susceptible de una interpretación infinita, como si hubiera en él una infinidad de intenciones, sin que pueda decirse si dicha infinidad ha estado en la mente del artista mismo o sólo se encuentra en la obra de arte. En cambio en el segundo “intención y regla se manifiestan en la superficie y aparecen tan limitada y circunscritas, que el producto no es otra cosa que la fiel reproducción de la actividad consciente del artista” (11)

Es necesaria una referencia a todas la disciplinas del Arte y el Derecho, para dar solidez argumentativa en la respuesta jurídica a estos casos.-

En el Derecho, podemos remitirnos a las normas que prescriben hechos de relevancia jurídica, como por ejemplo, en el Derecho Civil, los signos inequívocos como manifestación de voluntad y expresión, a las reglas del arte y oficio, que tienen virtualidad y poder jurídicos. Y en ciertos casos, en ciertos lenguajes y géneros artísticos pueden conferir legalidad y legitimidad a las nuevas expresiones del Arte, como las *Performance*.

En la actualidad, surgen semejantes planteos en el mundo virtual del metaverso, donde nos preguntamos, acerca de cómo encuadrar las conductas de relevancia delictual llevadas a

cabo en el mundo virtual (plagio o delitos a la Propiedad intelectual en el Metaverso) y su entidad y traspolación en la realidad social.-

Dónde es necesaria esta visión y dónde se suscitan también estos conflictos que arriban a los estrados judiciales, mayormente relacionados con:

- 1.- la calificación jurídica de una obra de arte como tal, a los distintos fines, sean tributarios o de protección de Derechos morales o patrimoniales.
- 2.- ante Repartos injustos como el mencionado en el caso de la obra de Wilfredo Prieto del Vaso medio lleno.
- 3.- en los casos de sucesión o legado o transferencias de Arte conceptual, Art Performance y artes innovativas.

Dicha problemática, es el “estado del arte” en el Derecho del Arte, en ambos sistemas, el del abierto, de excepciones del *Fair Use* y el cerrado, taxativo Continental europeo latinoamericano, lo cual hace legítima la consideración y uso de elementos del Derecho Comparado.

Cuando mencionamos los fallos norteamericanos y si consideramos desde la Filosofía del Derecho, que el realismo jurídico, surgido en ese subcontinente, considera Derecho a lo que “dicen” los jueces, no solo lo consideraremos Derecho, sino también Arte a su decisión, cuando resuelven esta problemática, por ello, es menester posicionarse desde la Filosofía del Derecho.

Ante esta problemática, el abordaje se proyecta a una Filosofía del Derecho integrativista tridimensional trialista, que propone un *approach* abarcativo en su complejidad y pantonomia específicas del Arte y el Derecho, para hospitar esa casuística en la respuesta jurídica.

Este *approach* no solo considera las dimensiones normativa y sociológica, sino también y tal vez, el más relevante, sea la dimensión axiológica. En esta visión, el puente entre todas las dimensiones, es la dimensión de los valores, y en su consideración de la dinámica de los valores, puede contemplar la influencia recíproca entre los valores que fabrica el Artista y los valores del resto del sistema, para esclarecer cuáles son los valores alineados con el espíritu y finalidad del Artista y los fines de las normas. Estos fines muy ligados a los Derechos morales inalienables del Artista y al respeto y tratamiento de las obras con responsabilidad estética.

PROPUESTA DEL ABOGADO PROFESOR DAMIAN MARCELO DELLAQUEVA
PARA EL CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DEL ARTE BIENAL
CHACO ARGENTINA 2.024 :

Tal vez, uno de los más controversiales géneros y lenguaje artístico que da lugar a conflictos jurídicos, sea *appropriation art*, por las razones señaladas y las características casuísticas. El abordaje de dicha conflictualidad debería ser afrontado teniendo en cuenta los siguientes aspectos y elementos:

- 1.- La consideración del aspecto ontológico, axiológico de la obra, conforme al medio de expresión, lenguaje de la obra y lenguaje del artista para una respuesta jurídica justa.
- 2.- Considerar la finalidad del artista, de la obra de arte, así como el espíritu y finalidad de las leyes que constituyen una relación de medio a fin y en la lectura de la misma, debería atenderse a la relevancia del fin del artista, para ello, el *approach* tridimensional trialista, propone instrumentos para cumplir con la fidelidad de la obra y la responsabilidad estética.
- 3.- Considerar los elementos propios del género del Arte de que se trate y el lenguaje característico del artista, consustanciado en su personalidad, teniendo presente que en el arte visual, de ejemplar único, la obra constituye un “autógrafo” del artista. Tener presente la misma consideración al autor, como así también a la obra y el fin de propagación de la cultura.
- 4.- Si bien las mayorías de las sentencias, se fundan en el aspecto de la Filosofía de la Estética y se reconoce este aspecto como fundamental, no ha de ser el único en tener en consideración, sino dar relevancia a la historia del arte y la realidad social, con otras disciplinas relacionadas, a través de la interdisciplina.
- 5.- Consideración de los signos y referencias con fuerza jurídica en todo el Derecho, para no recurrir a otras ramas del Derecho, como el Derecho de Marca o el Derecho de la Defensa de la Competencia, para dar respuesta jurídica justa y adecuada a esta problemática.
- 6.- Consideración de la dinámica de valores que se realizan y entran en conflicto, conforme al alineamiento a la finalidad del mensaje del artista, y el espíritu de la ley, alineándola a un *approach* de Filosofía del Derecho hospitalaria, para estas respuestas, como el que propone la visión integrativista tridimensional trialista.
- 7.- Tener en consideración los valores fabricados por el Artista en el mensaje de su Obra, dado que en el mundo del arte, estos valores juegan un rol de orientación o rectores, sobre todo, con los nuevos lenguajes de vanguardia que irrumpen.

BIBLIOGRAFIA:

- (1) Negri Clementi, Gianfranco, Stabile Silvia. “ L’arte e il diritto d’autore.” en el libro Il Diritto dell’ Arte. L’arte, il diritto e il mercato. Volume 1. pág. 86.- Skira Editore Milano 2.012.-
- (2) Soria Puig, Eva. Arte contemporáneo y Derecho de Autor. Editorial Reus Madrid. 2.023. pág. 255.-
- (3) Soria Puig, Eva. Arte contemporáneo y Derecho de Autor. Editorial Reus Madrid. 2.023. Pág. 72
- (4) Arte del Siglo XX Tomo de la Guerra II Mundial hasta nuestros días. Arte Universal. The Marketing Room. S.A. 2.009.- pág. 98
- (5) Soria Puig, Eva. Arte contemporáneo y Derecho de Autor. Editorial Reus Madrid. 2.023. pág. 259.-
- (6) Arte del Siglo XX Tomo de la Guerra II Mundial hasta nuestros días. Arte Universal. The Marketing Room. S.A. 2.009.- pág. 163
- (7) Dra. Valdés Díaz, Caridad. “Las obras Derivadas como obras protegibles por el Derecho de Autor. Concepto Clases” en el Libro Las obras derivadas. Coord.. Carlos Rogel y Caridad Valdés. Editorial Reus S.A. 2.021, pág. 18
- (8) Soria Puig, Eva. Arte contemporáneo y Derecho de Autor. Editorial Reus Madrid. 2.023. pág. 253.-
- (9) Ramón Casas Vallés, Eva Soria Puig, Grafiti, Arte Urbano y Derecho de Autor. Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte. 2.020 Civitas Thompson Reuters Fundación Prof. Uria. Ed. Aranzadi SAU
- (10) Ciuro Caldani, Miguel Angel. Metodología jurídica y lecciones de historia de la filosofía del Derecho. Editorial Zeus S.R.L. Rosario. 2.000.págs. 350/351
- (11) Lamanna, Paolo. La filosofía del Espíritu, el arte, órgano de la filosofía, Schelling, Friedrich W.J. Historia de la Filosofía. Tomo IV. Biblioteca Hachette de Filosofía Buenos Aires, 1.969.- pág.47