



## El *fair use* como límite a los derechos de propiedad intelectual.

**Carolina Segade**

*Durante el 2023 se espera que se dicte una de las sentencias en materia de PI del Tribunal Supremo estadounidense que ha generado más expectación en los últimos tiempos y que arrojará luz sobre las verdaderas fronteras del fair use como figura de apoyo a la libertad creativa, pero a la vez límite de los derechos de propiedad intelectual.*

Ahora que empieza el año, muchas son las listas que circulan con los casos de propiedad intelectual que más seguimiento merecen en este recién inaugurado 2023. Y en casi todas ellas, incluso en las europeas, encontramos en posiciones destacadas el asunto que enfrenta a la fotógrafa Goldsmith y a la Andy Warhol Foundation for the Visual Arts (sucesora en la titularidad de los derechos del artista).

En 1984, Andy Warhol creó una serie de obras, conocidas como la Serie Prince, basadas en una fotografía del músico del mismo nombre, realizada en 1981 por Lynn Goldsmith, por encargo de Newsweek. Newsweek no las utilizó, pero Goldsmith conservó los derechos para usos futuros y tres años más tarde, se los licenció a Vanity Fair para que pudieran servir de base para una ilustración de Prince para una portada, que a su vez le fue encargada por la revista a Warhol. Cuando, con ocasión de la muerte del músico en 2016, Vanity Fair publicó imágenes de la serie de Warhol (pagando

pagando licencia a la Warhol Foundation pero no así a la fotógrafa), Goldsmith se dirigió a la Warhol Foundation alegando infracción de sus derechos. Ante esto, la entidad planteó una acción negatoria para que se declarara que su uso estaba amparado por la doctrina estadounidense del *fair use* (doctrina que permite el uso sin licencia de ciertas obras protegidas bajo ciertas circunstancias). Goldsmith reconvino contra la Warhol Foundation con una acción de infracción de propiedad intelectual.

Los tribunales estadounidenses, hasta la fecha, no se han puesto de acuerdo, ya que en primera instancia se falló a favor de la Warhol Foundation, bajo el cobijo de la citada doctrina del *fair use*, entendiendo que la obra era “transformativa”, basándose entre otros factores, en que se representaba a Prince como una figura icónica mientras que en la fotografía de Goldsmith se destacaba su vulnerabilidad como ser humano.

*Es una decisión muy esperada, tanto por la comunidad artística, como más allá, pues afecta de pleno a conceptos nucleares como la libertad artística y la protección de las obras ya existentes*

En apelación, el tribunal falló en sentido totalmente contrario al entender que no concurría *fair use* al estimar que los cuatro factores necesarios al efecto debían inclinar la balanza a favor de Goldsmith. Recordemos esos cuatro factores: la finalidad y tipo de uso, la naturaleza de la obra, la proporción copiada y el efecto del uso en el potencial mercado del original. Entre otros motivos, el tribunal rechazó el *fair use* por entender que la obra de Goldsmith se podía seguir reconociendo en la obra de Warhol y que, por tanto, Warhol no había cambiado o añadido elementos suficientes como para poder acogerse a dicha doctrina.

Ahora le toca decidir al Tribunal Supremo estadounidense, en una decisión muy esperada, tanto por la comunidad artística, como más allá, pues afecta de pleno a conceptos nucleares como la libertad artística y la protección de las obras ya existentes.

Quizá por ello, especialmente animadas y elocuentes fueron las intervenciones en la vista oral sobre el asunto que tuvo lugar en octubre. Entre bromas, nostalgia de pop ochentero (con una magistrada confesando haber sido fan de Prince años atrás) y comentarios varios, se lanzaron al aire preguntas realmente interesantes a nivel de propiedad intelectual. Entre otras muchas: ¿era necesario o útil el recurso a la fotografía que hizo Warhol?; ¿la fotografía y la Serie de Warhol trasladan el mismo mensaje o significado (como elemento para valorar si es una obra transformativa)?; ¿la finalidad de la obra debe o puede intercambiarse por su significado o mensaje?; o ¿pueden/deben los jueces valorar el

significado o mensaje de las obras de arte?

Y en última instancia, de fondo, subyacen las “grandes” preguntas: ¿cómo conciliar el necesario fomento del desarrollo artístico con base en el acervo cultural previo y la creatividad con la protección de lo ya creado?

Y, ¿cómo sentar fronteras claras entre usos de obras previas en las que nadie dudaría (por ahora) que requieren de licencia (como, por ejemplo, para crear una película basada en un libro, partiendo de ejemplos que afloraron en la propia vista, como las películas del Señor de los Anillos, con base en las obras de Tolkien), y usos que no lo requieran?

Aunque pueda parecer que en nuestro ordenamiento la falta de aplicación (al menos directa, aunque a veces sí inspiradora) de la doctrina del *fair use* deja las cosas muy claras, no estamos tampoco exentos de casos grises.

*¿Cómo conciliar el necesario fomento del desarrollo artístico con base en el acervo cultural previo y la creatividad con la protección de lo ya creado?*

Y volviendo al caso que nos ocupa, en un rastreo informal de opiniones de abogados estadounidenses, mucho más capacitados para opinar sobre el asunto que la que suscribe, parece que las apuestas van a favor de Goldsmith, pero, como siempre, habrá que esperar a que se emita la sentencia. La expectación en EEUU es máxima; prueba de ello son los 38 amici curiae (intervinientes no parte con interés en el caso) que han querido dar su opinión en el asunto (8 a favor de la Warhol Foundation, 20 a favor de Goldsmith y 9 neutrales).

En cualquier caso, incluso desde la perspectiva de un abogado, estando como estamos acostumbrados a intentar ver cada asunto desde varios ángulos, el caso presenta muchas dudas y posibilita muchos

argumentos y contrargumentos (por ejemplo, el hecho de que Warhol pudiera haberse basado en otra fotografía para crear su “Warhol” de Prince, lo que a la vez ataca la necesidad de usar la obra de Goldsmith pero muestra la independencia y sustancialidad de la aportación de Warhol). Y lo que es más importante: no es un mero ejercicio académico o con efectos que no vayan más allá de las lindes del caso concreto. Así, más allá de los potenciales impactos en el inmenso mercado de licencias, estamos en un momento en el que la transformación de obras previas está más en auge que nunca con la llegada (o más bien con el despliegue, pues llegar, llegó hace tiempo) de la inteligencia artificial aplicada al arte. En cualquier caso, valdrá la pena estar atentos a lo que se decida, incluso desde este lado del charco.

[1] [Medidas necesarias de la autoridad francesa de Protección de Datos para un correcto uso de Google Analytics](#)