

Derecho y creatividad: Límites (y límites de los límites)

Enrique H. del Carril ⁽¹⁾

Resumen: El artículo explora las relaciones y las tensiones que existen entre la creatividad y el derecho.

Luego de señalar que Derecho y Creatividad son dos elementos que parecen contradictorios teniendo en cuenta que la creatividad, por su misma naturaleza, no tiene límites y que el derecho, por el contrario, es un elemento de organización social cuyo objetivo es limitar las acciones de las personas, concluye que existen relaciones entre ambos.

En consecuencia, es importante preguntarse por los límites del derecho en su correlación con la creatividad.

Para determinar estos límites, se hace uso de dos sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, relacionados con la creatividad: “303-Creative” y “Andy Warhol Foundation”.

Luego de describir los hechos de estos casos, se llega a la conclusión de que la creatividad está vinculada a los derechos a la libertad de conciencia y de expresión.

Se concluye a partir de ello que el derecho no puede limitar el ejercicio creativo en sí, no lo que este produce (la obra), pero sí puede regular el uso y el contexto en que esta obra es utilizada.

Palabras clave: Derecho y creatividad - Libertad de expresión - Libertad de conciencia - Corte Suprema de Estados Unidos de América - Limitaciones de derechos

[Resúmenes en inglés y portugués en las páginas 94-95]

⁽¹⁾ **Enrique H. del Carril.** Abogado (UCA), Magíster en Derecho Judicial (Austral) y Diplomado en Humanidades Digitales (UFASTA). Profesor de Derecho Constitucional (UCA), Derechos Humanos (UCA, UFASTA) y de Argumentación Jurídica (UCA, Austral). Autor del Instagram y TikTok @supremadefallo. enriquedel@uca.edu.ar

Introducción

Creatividad y derecho no parecen congeniar muy bien. Aunque esta afirmación debería entenderse en su correcta dimensión.

En primer lugar, porque no significa que el derecho sea ajeno a la creatividad: como toda actividad humana y, en especial, aquellas en las que la subjetividad está íntimamente involucrada, la creatividad es un elemento esencial. Ya desde la antigua Roma, resuena la conocida definición del Derecho de Celso como “el arte de lo bueno y de lo equitativo”, que pone a lo jurídico en el ámbito del *ars*, es decir, del “saber hacer” al igual que todas las artes (Gallo F., 2017).

En segundo lugar, la creatividad precisa del Derecho para la protección y el aseguramiento de que esa idea original va a ser siempre y en toda circunstancia, atribuida a su autor. Sirve para asegurar la identificación de una obra con su autor y, en especial, los efectos patrimoniales que esto implica.

Pero, por otro lado, suena paradójico hablar de un “derecho a la creatividad”. La creatividad es, por su propia condición, fruto de la más íntima individualidad de la persona; y el Derecho, por el contrario, es un modo de igualdad entre las personas. En consecuencia, no parece posible afirmar que el ordenamiento jurídico debe reconocer o atribuir a las personas el derecho a “ser creativos”, al menos en los mismos términos en que entendemos que debe hacerlo, por ejemplo, con el derecho a la educación o a la alimentación.

En definitiva, no parecería posible atribuirle a la creatividad la condición de derecho subjetivo, ni, mucho menos, de derecho humano: no se tiene derecho a un bien que es materialmente imposible de otorgar (o negar).

Además (y esta es otra aparente paradoja) la creatividad es, por su propia naturaleza: libre, expansiva, ilimitada y, por el contrario, el Derecho si bien es cierto que busca proteger los espacios de libertad de las personas, atañe a su propia función establecer límites al ejercicio de esas libertades para que convivan en armonía en la sociedad; y la creatividad, por su propia naturaleza, se resiste a cualquier limitación: su mejor “espacio” es aquel libre de trabas; condicionarla implica, en algún punto, matarla.

Parecería, por ello, que el ordenamiento jurídico tiene, aquí, un papel bien acotado: solo puede asegurar las condiciones para que la creatividad se exprese; pero este aseguramiento no provoca necesariamente que ella surja, ni tampoco parecería que existan acciones positivas del Estado que puedan provocarla. Por ello, una afirmación como la que encontramos en la Constitución española, que en su artículo 20 reconoce y protege los derechos “... [a] la producción y creación literaria, artística, científica y técnica” parece (salvo, insisto, en sus aspectos patrimoniales) una simple declaración de buenas intenciones.

Pero el Derecho no sólo es un modo de promover las potencialidades individuales, sino que también es, fundamentalmente, un instrumento para ajustarlas a la vida en sociedad. Esto es, en definitiva, lo que expresa el mencionado artículo 20 de la Constitución española (“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”) o el artículo 14 de la Constitución argentina (“todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”).

A partir de estas variables (o tensiones, depende el punto de vista), el propósito de este artículo es explorar la correlación entre las nociones de creatividad y derecho más allá de sus aspectos económicos. Esta reflexión implica, en definitiva, interrogarse por su naturaleza ¿tiene algún límite jurídico la creatividad? ¿puede ser legítimo prohibirla?

Para ello, se tomarán como base de reflexión dos interesantes (y recientes) sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (en adelante, SCOTUS por sus siglas en inglés: Supreme Court of the United States): “Andy Warhol Foundation for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith” (598 U.S. 508) y “303 Creative LLC v. Elenis” (600 U.S. 570).

1. Dos casos, una reflexión

La elección de estos casos jurisprudenciales en particular responde, básicamente, a dos motivos. Por un lado, es indudable la influencia que tiene la jurisprudencia de la corte norteamericana en los ordenamientos jurídicos de los demás países, en especial en la República Argentina, donde es fuente de referencia constante (Chiappini, 2013). Por otro lado, porque de la confluencia de ambos casos podemos abarcar dos aspectos importantes de la relación entre Derecho y creatividad.

En lo que sigue, se hará un breve relato de los hechos de cada uno y del estándar que dejó la SCOTUS como consecuencia de sendas sentencias.

A. Andy Warhol Foundation

En 1981, Lynn Goldsmith una, en ese entonces, poco conocida fotógrafa le realizó un retrato al músico “Prince”, un artista en ascenso. Un tiempo después, cedió la fotografía para un solo uso a la revista Vanity Fair por cuatrocientos dólares. La revista, por su parte, encargó a Andy Warhol “intervenir” la foto para utilizarla en la tapa.

Andy Warhol hizo esto y mucho más: creó una serie fotos intervenidas y dibujos a partir de esa foto de Prince. De todas ellas, la editorial eligió la “Prince Púrpura” para su publicación.

Años después, en 2016, la editorial Condé Nast decidió homenajear al cantante con una edición especial. Nuevamente, para ilustrar la tapa, recurrió a la famosa serie de Warhol y, previo pagar diez mil dólares por los derechos de publicación a la fundación que administra las obras de Warhol, publicó la “Prince naranja”.

Goldsmith, por su parte, demandó a la editorial porque no había dado su autorización (ni, obviamente, cobrado) por la publicación alegando que el contrato original con Vanity Fair solo autorizaba un uso. Por su parte, Condé Nast contrademandó argumentando que había pagado a la fundación Andy Warhol por el uso de la obra y que, si bien era cierto que la fotografía original era propiedad (intelectual) de Goldsmith, la intervención de Warhol la había cambiado sustancialmente. Por otro lado, dijo, este uso eventualmente está permitido en virtud de un estándar jurídico del derecho norteamericano conocido como *fair use* (Guinsburg, 2014).

El criterio del *fair use* (uso legítimo) establece que es posible utilizar una obra ajena bajo determinadas condiciones sin que se deba pagar por los derechos de su reproducción; por ejemplo, cuando se la usa para fines educativos, periodísticos o satíricos, entre otros. La SCOTUS, en concreto, analizó “el propósito y el carácter del uso” de la obra y, en ese análisis, si la intervención de Warhol constituía una modificación sustancial de la fotografía original que eximía a la editorial de pagar los derechos que reclamaba Goldsmith. Y la SCOTUS le reconoció el derecho a la fotografía. Para sostener esta postura afirmó que, si bien la obra de Warhol implicaba un procedimiento que “transformaba” la foto original, esta transformación, de por sí, no era suficiente para eximirla de pagar los derechos sobre ella a su autora, si se analizaba el propósito con el que se la había usado. Y, en este caso, el Prince Naranja, se utilizó en una revista comercial para ilustrar una nota sobre la vida del cantante y no, como alegaba la Fundación, como una obra de Warhol que transmitía otro mensaje (la deshumanización de las estrellas de rock, su condición de mercancía). En definitiva (y en lo que aquí interesa), la decisión de la SCOTUS enfatiza que la creación de una obra a partir de otra no tiene un valor en sí como objeto material, sino que la condición de obra de arte “autónoma” respecto de la original depende del contexto en que se la utiliza.

B. 303 Creative LLC

Lorie Smith es una diseñadora gráfica que decidió fundar la empresa 303-Creative que ofrece crear páginas web para “celebrar el amor” de las parejas que contraten sus servicios; su propuesta consiste en diseñar páginas personalizadas a partir de los requerimientos de sus clientes. Pero la diseñadora estableció una limitación: no está dispuesta a ofrecer su trabajo a parejas del mismo sexo porque, afirma, esto contradice sus creencias religiosas que postulan que el único matrimonio válido es el heterosexual.

Para asegurarse de que estaba actuando dentro de la ley interpuso una acción directa (en Argentina se correspondería con la “acción declarativa de certeza”) contra una ley del Estado de Colorado que obliga a que el ofrecimiento de bienes y servicios comerciales debe hacerse sin discriminación.

El centro de la cuestión se circunscribe a la tensión entre dos derechos: por un lado, la potestad que tiene el Estado de imponer en “lugares públicos” (e internet participa de esta característica) la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual; por el otro lado, el alcance de la libertad de Smith para expresar sus ideas y convicciones religiosas.

La cuestión toca puntos muy sensibles de la historia norteamericana porque recuerda la época en que regía allí el principio conocido como *separate but equals*, a partir del cual en todos los comercios y servicios (bares, baños, transporte público) debía disponer espacios separados para blancos y negros.

El caso tiene muchas aristas, todas ellas muy interesantes, pero me centraré en uno de los argumentos utilizados por el Estado de Colorado para defender la prohibición de discriminar. Según su postura, la actividad de la diseñadora gráfica no está protegida constitucionalmente bajo el derecho a la libertad de conciencia porque ofrece un “producto

comercial ordinario” a cambio de una remuneración y lo canaliza a través de una sociedad comercial, por lo que no existe aquí libertad alguna que merezca protección.

Pero la SCOTUS rechaza este argumento razonando, en primer lugar, que aquello que ofrece Smith no es un bien producido en serie, sino que implica por parte de la diseñadora un trabajo personalizado y específico (es decir, creativo) y, en segundo lugar, que el fin económico o la estructura empresarial que se elija no excluye de por sí la libertad de expresión que está ínsita en las creaciones.

En síntesis, la SCOTUS señala aquí que la circunstancia de que el trabajo creativo tenga objetivos económicos y se canalice por una empresa, no influye en la protección constitucional que tiene toda expresión de los individuos.

C. Lo común y lo distinto

Las sentencias que se acaban de resumir abordan numerosas cuestiones jurídicas desde innumerables perspectivas que se obviarán para centrarnos en algunos elementos específicos. Se advertirá que, a primera vista, estos dos casos no parecen tener mucho en común: el primero aborda cuestiones vinculadas con los derechos de autor y el segundo con la libertad de conciencia y expresión (*free speech*, en la nomenclatura constitucional norteamericana). Sin embargo, creo que existe un hilo conductor que nos permitirá extraer de ellos alguna luz en lo que se refiere a un “derecho a la creatividad”.

2. El problema de los límites

Fijar las dimensiones de un derecho a la creatividad, no es sencillo. Nos encontramos aquí con una perspectiva que nos presentan algunas disyuntivas.

Por un lado, como se señaló, la creatividad resiste todo tipo de límites: el solo hecho de limitarla parece ser un modo de anularla; pero, por otro lado, es importante que los frutos de esa creatividad encuentren un ámbito de acción propicio y de protección jurídica dentro de la dinámica social.

Una primera nota en común en estos dos casos es que en ambos está en juego la libertad de expresión artística, es decir, la creatividad. De allí que el problema que nos traen estos casos tiene relación con los límites del acto creativo. El primero interpela sobre los límites del uso de una obra de arte y el segundo sobre los límites del mensaje que se quiere expresar con el acto creativo.

Es importante tener en cuenta que la creatividad, en clave jurídica, está comprendida dentro de los derechos a la libertad de conciencia y expresión; es decir, son atributos de la personalidad comprendidos en la noción de derechos personalísimos (Navarro Floria, 2016). En efecto, la creatividad está dada por la capacidad de generar nuevas ideas a partir de nuestra propia subjetividad (conciencia) y de objetivar esas ideas mediante la generación de “artefectos” (Valdivia, 2022) que tengan la potencialidad para transformar en algún tipo de mensaje esas ideas (expresión) (Urías, 2020).

A. La creatividad es un atributo de la personalidad (es decir, ilimitable)

Los denominados derechos personalísimos comparten una condición fundamental: su limitación por parte del Estado es excepcionalísima, prácticamente inaceptable.

Es que estos derechos se vinculan con las notas más específicas de cada individuo, fin último del derecho (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2013) y, además, integra aquellas especificidades que vamos construyendo a medida que delineamos nuestro “plan de vida”, es decir, aquello que el Estado debe proteger y promover (Saba, 2016, pág. 149).

En consecuencia, en un amplio espectro de su ejercicio son ilimitables o al menos, deben existir razones urgentes o circunstancias excepcionales para que se justifique su limitación.

B. La creatividad es esencialmente social (es decir, limitable)

Del otro lado, la libertad de expresión es, eminentemente, un derecho de naturaleza social y política (Pellet Lastra, 1993).

La facultad de comunicar lo que se piensa sobre cualquier cuestión que esté “en el discurso público”, entendido éste en el sentido amplio de aquellos temas que forman parte del interés de una sociedad determinada (Rivera (h), 2014), implica desplegar acciones en el marco de la sociedad en la que el individuo está inserto. Y por ello, estos derechos pueden sufrir limitaciones al entrecruzarse con los de terceros, aun cuando, es cierto, la libertad de expresión goza de una protección preeminente por su carácter “arquitectónico” de la sociedad democrática (Gallo O. , 2017).

La libertad de conciencia y su correlato en la libertad de expresar, lo que se cree o piensa tienen límites más precisos. La Constitución Argentina establece que “[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos...de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...” (artículo 14), lo cual implica, tal como lo ha reconocido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, que existen responsabilidades ulterior por lo que se expresa; y, con más precisión, la Constitución española aclara que “[e]stas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (artículo 20.4 de la Constitución española).

3. Límites internos y externos

En consecuencia, la creatividad, en tono jurídico, tiene dos facetas: en tanto expresión de la conciencia del creador es ilimitable (y, en especial, por el Estado) pero, por otro lado, en tanto “producto” creativo encuentra su límite en los derechos de terceros, que podrían verse afectados por aquello que se expresa.

Y en este punto de la tensión entre ambas condiciones de la creatividad, estas dos sentencias de la SCOTUS pueden ayudarnos a entender lo que, creo, es su verdadera naturaleza jurídica.

Si la creatividad se concreta en un objeto, sea cual sea, su límite está dado por esta misma condición de constituir a la vez un producto de la conciencia y un objeto que la expresa; es decir, por su condición, a la vez, de entidad material e inmaterial.

Si volvemos sobre estos casos veremos que en “303 Creative” la SCOTUS estableció que no es posible limitar aquello que resulta de la expresión de nuestra conciencia por más que estas opiniones puedan provocar rechazo. El Estado no puede limitarlas porque esto implicaría, en definitiva, que imponga una determinada manera de pensar que considera políticamente “correcta” o “moral”.

Por el otro lado, en “Andy Warhol Foundation” se establece la idea de que esta expresión creativa debe propalarse en el contexto adecuado para estar constitucionalmente protegida: la creación de Warhol, por más que sea indudablemente una obra de arte, “pierde” esta condición cuando se la usa con otros fines (en el caso, para conmemorar a un artista famoso en una publicación comercial).

En definitiva, aquello que proviene, que tienen su fuente en la conciencia de las personas, no tiene *per se* limitación alguna, ni siquiera en su expresión externa (es decir, en lo que ella crea: su obra); nadie puede ser forzado a expresar (o no expresar) aquello que contradice su conciencia. Lorie Smith quiere dejar un mensaje con sus diseños: que solo considera “válido” el matrimonio heterosexual. Pero, que esa expresión, encuentra un límite: el contexto en que este objeto creativo es expuesto ante la sociedad.

En “Andy Warhol” la SCOTUS no discute el valor intrínseco de la creación artística sino el hecho de que se la haya utilizado con fines no artísticos, para presentar una información (la biografía de Prince). Vemos así que no es el fin de la obra lo que marca sus límites, sino el uso que se hace de ella. Y lo mismo (aunque en su contracara) puede entenderse de “303 Creative”, que una creación tenga objetivos comerciales o patrimoniales (como las páginas que diseña Smith) no es obstáculo para que merezca protegerse en tanto expresión de una subjetividad y, en el caso, de una convicción moral.

En síntesis, la creatividad en tanto “idea”, es decir, el proceso intelectual de una persona y, también, en tanto “obra”, es decir, el objeto creado por ella, no puede ser limitada por nada ni nadie pero, del otro lado, cuando el objeto es utilizado con fines distintos a los creativos encuentran su límite en los derechos de los demás y el interés público.

Las ideas de la diseñadora de 303 Creative son, en sí, una posición moral o política (el rechazo al matrimonio entre personas del mismo sexo), que se encuentra protegida en tanto se la canalizó a través de una creación artística (el diseño de páginas) y, del otro lado, la Prince Naranja es indudablemente una obra de arte que también transmite una posición moral o política (la deshumanización de la persona transformada en un objeto de consumo), pero canalizada como un objeto comercial, para ilustrar una nota periodística.

4. Conclusión

En definitiva, el Derecho no puede limitar la creatividad, ni su expresión. Ésta encuentra su límite en la intención del propio autor, aunque no en el mensaje que intenta expresar (insistimos: aunque este mensaje provoque rechazo), sino en el contexto en que se decide usarlo. Ni Smith podría negarse a vender un producto o servicio cualquiera que no fuera objeto de su creatividad a las parejas del mismo sexo, ni Goldsmith podría oponerse a que se exhiba “su” fotografía en una publicación o evento dedicado a la obra de Warhol. El contexto, en este punto, lo es todo.

Estamos protegidos por la libertad de conciencia y limitados por la libertad de expresión: todos tenemos el derecho de expresarnos a través de la creatividad y de exponer nuestras obras ante la sociedad, siempre y cuando el objetivo se “complete” en esa exposición; porque si utilizamos esa obra como vehículo o excusa para ofender a otros, esta protección cesa.

Referencias bibliográficas

- Chiappini, J. (2013). La jurisprudencia norteamericana, ¿cuánto nos influye? *El Derecho - Diario, Tomo 252*, 699 y sgtes.
- Gallo, F. (2017). *Celso y Kelsen: para la refundación de la ciencia jurídica*. Buenos Aires: Eudeba.
- Gallo, O. (2017). La libertad de prensa como libertad política. *Forum: Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 5, 31-44.
- Guinsburg, J. (2014). Fair Use For Free, or Permitted But Paid? *Berkeley Technology Law Journal* 29.3, 1383.
- Navarro Floria, C. A. (2016). *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires: El Derecho.
- Pellet Lastra, A. (1993). *La libertad de expresión*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2013). *Teoría del Derecho*. Buenos Aires: Ábaco.
- Rivera (h), J. C. (2014). Introducción a la Libertad de expresión. En J. Rivera (h), J. S. Elías, L. S. Grosman, & S. Legarre, *Tratado de los Derechos Constitucionales - Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal de la ley*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Urias, J. (2020). La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas. *Teoría Y Realidad Constitucional* 46, 343-370.
- Valdivia, A. K. (2022). Entre el derecho y los sistemas creativos: una nueva dimensión del diseño de moda por medio de la inteligencia artificial. *Revista de Derecho Privado n.º 43*, 353-386.

Abstract: The article explores the relationships and tensions between creativity and law. Law and Creativity are two elements that seem opposite, however, the article concluded

that there must be a relation between them. Creativity has no limits, while Law, on the contrary, is an element of social organization use to limit people's behavior.

After pointing this out, the relation between these elements can be analyzed. For this, it is important to inquire where are the limitations of creativity are. To determine them, two judgments of the Supreme Court of the United States, related to creativity, are used: "303-Creative" and "Andy Warhol Foundation".

After describing the facts of the cases, the article concludes that creativity is linked both to the freedom of conscience and free speech. Thus, the article explains that Law cannot limit the creative exercise itself, neither it's production (the work of art), but it can regulate the context in which this work of art is used.

Keywords: Law and creativity - Free speech - Freedom of conscience - Supreme Court of the United States - Right's limitations

Resumo: O artigo explora as relações e tensões entre criatividade e direito. Direito e Criatividade são dois elementos que parecem opostos, porém, o artigo concluiu que deve haver uma relação entre eles. A criatividade não tem limites, enquanto o Direito, ao contrário, é um elemento de organização social utilizado para limitar o comportamento das pessoas. Depois de apontar isso, a relação entre esses elementos pode ser analisada. Para isso, é importante indagar onde estão as limitações da criatividade. Para determiná-los, são utilizados dois acórdãos da Suprema Corte dos Estados Unidos, relacionados à criatividade: "303-Creative" e "Andy Warhol Foundation".

Após descrever os fatos dos casos, o artigo conclui que a criatividade está ligada tanto à liberdade de consciência quanto à liberdade de expressão. Assim, o artigo explica que o Direito não pode limitar o exercício criativo em si, nem a sua produção (a obra de arte), mas pode regular o contexto em que esta obra de arte é utilizada.

Palavras-chave: Direito e criatividade - Liberdade de expressão - Liberdade de consciência - Suprema Corte dos Estados Unidos - Limitações do direito

[Las traducciones de los abstracts fueron supervisadas por el autor de cada artículo.]
