

PROYECCIONES DE LA CREATIVIDAD Y EL ACTO ARTÍSTICO EN EL MUNDO JURÍDICO. REFLEXIONES DESDE EL DERECHO DEL ARTE

EZEQUIEL VALICENTI *

Resumen: El trabajo trata la autoría y la creatividad artística en relación con sus consecuencias jurídicas, en particular, a partir de la noción de acto artístico creativo. Siguiendo la metodología y categorías propuestas por el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico, el estudio se aborda desde la integración de tres dimensiones. De esta manera, se desarrollan la dimensión sociológica -que comprende el acto artístico, sus elementos, su ordenación y sus límites-, la dimensión normológica -que analiza la captación del acto artístico en normas jurídicas-, y por último, la dimensión axiológica -en la cual se razona la justicia en vinculación con la belleza, por un lado, con relación a las forma y clases de justicia, y por otra parte, respecto a la justicia desarrollada por el acto artístico-. De este modo, se intenta realizar un mínimo aporte para continuar construyendo el Derecho del Arte.

Palabras claves: Mundo jurídico y mundo artístico. Derecho del Arte. Creatividad artística. Acto artístico creativo.

Abstract: The paper discusses the authorship and artistic creativity in relation to juridical consequences, especially from the concept of creative artistic act. Following the methodology and categories proposed by the tridimensional integrative construction of the trialist theory of the juridical world, the research is approached from the integration of three dimensions. Thereby, we develop the sociological dimension -which includes the artistic act, its elements, its order and its limits-, the normological dimension -which analyzes the artistic act logically conceived by norms-, and finally, the axiological dimension -in which we develop the justice in connection to the beauty, on the one hand, in relation

* Becario doctoral del CONICET. UBA.
Correo electrónico: ezequielvalicenti@gmail.com .

to the justice shape and classes of justice, and on the other hand, in relation to the justice developed by the artistic act. By this way, we try to make a little contribution to continue building the art law.

Key words: Juridical world and artistic world. Art law. Artistic creativity. Creative artistic act.

*I. El mundo jurídico, el mundo artístico y el Derecho del Arte.
La creatividad artística.*

Partimos admitiendo que así como no puede decirse *qué* es aquello a lo que llamamos Derecho, tampoco pueden pregonarse conclusiones definitivas sobre lo que el Arte *es*. En cambio, el integrativismo tridimensionalista de la Teoría Trialista del mundo jurídico, propone *construir* el objeto de estudio del Derecho desde la *complejidad* integrando los despliegues de *realidad social –dimensión sociológica–*, las *normas –dimensión normológica–*, y los *valores –dimensión dikelógica–*¹. De esta manera se construye un *mundo jurídicotrialista*, no ya como una mera yuxtaposición de dimensiones, sino como una *científicaintegración*².

¹ Seguimos las enseñanzas de Werner GOLDSCHMIDT y Miguel Ángel CIURO CALDANI expresadas, en lo general, en GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 6ª ed., 4ª reimp., Bs.As., De Palma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de la normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000 (versión online en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/795>, en lo sucesivo las referencias se efectuaran sobre la versión online de “Metodología Jurídica”). Existen además innumerables desarrollos y aportes particulares a la Teoría Trialista del mundo jurídico (Conf. por ej., “Libros de Integrativismo Trialista”, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/issue/current>; “Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas”, <http://www.cartapacio.edu.ar/>). Todos los links citados en este trabajo fueron visitados por última vez el 16-07-2014.

² Sobre la “*captación científica del fenómeno jurídico que da lugar a la elaboración del mundo jurídico*” ver GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 17 y ss.

Siguiendo esta metodología, tal vez pueda construirse un *mundo artístico* a partir de la *integración* del fenómeno artístico también en tres dimensiones o despliegues: el de la realidad –*dimensión sociológica o fáctica*–, el de la lógica –*dimensión lógica*– y el de los valores –*dimensión axiológica*–³.

Ahora bien, el *mundo artístico* se relaciona con el *mundo jurídico*, relación que debe ser asumida por la ciencia jurídica. De allí que se propone la emersión de una *nueva rama jurídica*, construida como un corte *transversal* que atraviesa las ramas tradicionales, respondiendo a nuevas *exigencias de justicia* y aportando un novedoso enfoque a la vinculación del *Arte en y con el Derecho*⁴.

En esta oportunidad nos proponemos analizar la autoría –y su *creatividad*– en el *mundo del arte* –es decir, la autoría y creatividad artística, en sentido amplio–, y sus *consecuencias jurídicas*, las que se comprenden de manera más plena en el Derecho del Arte, evitando así la mutilación del fenómeno que provocan las consolidadas ramas tradicionales. Desde el ángulo inverso, la creatividad también puede ser estudiada con relación al *mundo jurídico* (*creatividad jurídica*)⁵.

II. Dimensión sociológica

1. Las adjudicaciones: el acto artístico creativo

La Teoría Trialista señala la presencia de *adjudicaciones* de

³ Esta construcción ha sido planteada y desarrollada en su generalidad en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho del Arte”, en “Jurisprudencia Argentina”, 2009-II, fascículo n°7, pág. 3.

⁴ Cabe distinguir, el “Derecho del Arte”, en tanto rama jurídica, del “*derecho al arte*”, en tanto derecho de “acceder” a los beneficios del arte (incluido no obstante, en el *Derecho del Arte*). Conf. CIUROCALDANI, Miguel Ángel, “Derecho del Arte” op. cit.

⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Originalidad y ‘mundo jurídico’” en “Investigación y Docencia”, N° 39, Rosario, Fundación para la Investigaciones Jurídicas, 2006, pág. 70 y ss. Una es la creatividad del artista; otra es la creatividad del jurista, del juez y del abogado.

potencias o impotencias, es decir, *distribuciones* –originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar– y *repartos* –provenientes de la conducta del hombre–, que *favorecen o perjudican al ser y la vida*⁶.

Considerando que, a semejanza del *mundo jurídico*, el *mundo artístico* también puede ser construido tridimensionalmente, se ha distinguido entre “*hechos artísticos*” –correspondientes a las *distribuciones* que no involucran conductas humanas– y “*actos artísticos*” –aquellos que constituyen *repartos* conducidos por el hombre–⁷.

En relación a la *autoría* en el *mundo artístico*, podemos pensar que el acto artístico es el que realiza plenamente la voluntad “conductora” del sujeto creador. Cabe incluso concebir al *acto artístico creativo* como el acto *paradigmático* del arte, pues –aún cuando puedan existir también adjudicaciones *artísticas* provenientes de hechos de la naturaleza o de las influencias humanas difusas– lo cierto es que el arte se desenvuelve sobre la producción del hombre⁸.

⁶ En la formulación de Werner Goldschmidt, la *dimensión sociológica* se infería con referencia a todas aquellas distribuciones susceptibles de ser *valoradas* con el valor *justicia* (Goldschmidt, op. cit., pág. 43; PEZZETA, Silvina, “Sobre la dimensión sociológica de la teoría Trialista de Goldschmidt” en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), “Dos Filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, Rosario, FII, 2007, p.75.). En los desarrollos posteriores elaborados por CIURO CALDANI, se considera que las adjudicaciones que componen la dimensión sociológica “*por estar vinculadas a seres humanos son adjudicaciones ‘jurídicas’*” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Metodología Jurídica” cit., pág. 9).

⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho del Arte” op. cit.

⁸ Existen además *actos artísticos* –aunque tal vez no *creativos*, como veremos– provenientes de otros sujetos, como los productores, los críticos de arte, los directores de museos, los curadores, los mecenas, etc. En relación a la capacidad *creadora* de las influencias humanas difusas, puede analizarse la injerencia de la “*tradición*” sobre la obra (Conf. por ejemplo, BORGES, Jorge Luis, “El escritor argentino y la tradición” en “Obras Completas”, 3ra ed., Bs. As., Emecé, 2008, tomo I, pág. 316.).

Desde otra perspectiva, se habla de la “cultura popular tradicional”, cercana al concepto de “folclore” (Ver, por ej., PÉREZ PEÑA, Oscar Alberto, “Propiedad intelectual y Patrimonio cultural: protección jurídica a la cultura popular tradicional, con especial referencia a Cuba” en “Revista Propiedad Intelectual”, Año X, N° 14,

En el inicio, el acto de creación –el *acto artístico*– no debe ser confundido con el producto o resultado de tales conductas –la *obra de arte*–. En este punto, la identificación de la *obra* con el *acto artístico creativo* no ha sido asunto pacífico en la historia y, por el contrario, presenta una interesante zona de tensiones.

Quizás podamos decir que en los tiempos de Grecia, existía un enaltecimiento del objeto (obra de arte) sobre el sujeto (artista). Conocemos hoy pocos nombres de creadores griegos, sin perjuicio de lo cual a menudo el “arte griego” resulta el paradigma de la más alta *belleza*, entendida con proximidad a la *armonía* de las formas⁹. En términos generales, recién con el *Renacimiento* italiano el sujeto creador, el *artista*, encontró su protagonismo. Es a partir de allí que incluso este sujeto *repartidor* recibe su propia denominación de *artista*, atendiendo a sus especiales capacidades de producción (*creación*) de bienes (*obras de arte*). La noción de artista se independiza entonces de la de artesano¹⁰.

Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes, 2011, pág. 216).

El “*acto jurídico*”, el “*acto administrativo*” o el “*acto de comercio*”, suelen ser también repartos *paradigmáticos* de cada una de las ramas jurídicas que constituyen.

⁹ Los artistas griegos eran considerados *meros* artesanos. GOMBRICH, Ernst, “La historia del Arte”, 16ta. ed., Barcelona, Phaidon, 1997, pág.99; HAUSER, Arnold, “Historia social de la literatura y el arte”, Barcelona, DeBolsillo, 2009, Tomo I, pág. 82. El arquitecto Ictino y el escultor Fidias –autores de “*El Partenón*”–, o los también escultores Mirón –creador de “*El discóbolo*” – y Praxíteles, son los pocos “artistas” griegos que hoy podemos conocer.

¹⁰ De alguna manera, el artista es productor de *belleza* (sus obras son para provocar *placer artístico*); el artesano es productor de *utilidad* (sus obras son para un uso práctico determinado). Existen, no obstante, cruces entre *belleza* y *utilidad*. En tal sentido la “Escuela de la Bauhaus” (escuela de arquitectura fundada en Alemania por Walter Gropius en 1926), une en gran medida los sentidos de *utilidad* y de *belleza*, partiendo quizás de la utilidad. La “*rocalla*” o “*estilo Luis XV*”, desarrollado en Francia durante el período *Rococó*, puede pensarse con igual pretensión, aunque con un punto de partida más cercano a la belleza.

En cuanto al sentido jurídico de esta tensión, es posible pensar por ejemplo en la normativa que impone a los propietarios de edificios que se construyan o refaccionen con sostenimiento del Estado a “*destinar partidas por un monto no inferior al dos (2) por ciento del gasto total previsto en el proyecto al embellecimiento de los mismo mediante obras de arte*” (art. 1, ley 1246 del año 2003 de la Ciudad Autónoma de Bs. As.)

Este proceso de “reconocimiento” (emersión) del sujeto creador llegó quizás a su punto cúspide con las ideas del *romanticismo* del siglo XIX, y su desarrollo en el “impresionismo”. Esto permitió incluso elevar al autor sobre la obra, mediante el concepto de “*genio*” creador, como sujeto provisto de un *talento* especial –no limitado únicamente al dominio de una técnica artística–¹¹. Creemos importante tener en cuenta lo dicho, pues son las ideas que yacen subterráneas en las construcciones jurídicas que rigen el llamado *Derecho de autor*.

Por último, cabe pensar que la posmodernidad provocó el desborde de esta tensión en favor del autor y en desmedro de la obra, mediante la consagración de la “personalidad” (*personality*) que, con prácticas cercanas al *marketing*, logran que en gran medida “el artista sea la obra”¹².

2. Los elementos del acto artístico creativo.

Siguiendo el análisis de la Teoría Trialista, analizaremos ahora los diferentes elementos del *reparto* que hemos denominado *acto artístico creativo*, descomponiéndolo en sus *sujetos* (autor-repartidor; espectador-recipientario), su *objeto*, su *forma* y sus *razones*.

2.1. Los sujetos: el artista autor y los repartidores creadores

El artista/autor es entonces un repartidor –conductor– con especia-

¹¹ El concepto de *genio* fue tratado por Kant: “para el enjuiciamiento de objetos bellos en cuanto tales se precisa del gusto, pero para las bellas artes, esto es, para el engendramiento de objetos tales, se precisa del genio” (citado en LIESSMANN, Konrad Paul, “Filosofía del Arte Moderno”, Barcelona, Herder, 2006, pág. 31).

¹² Uno de los primeros en conjugar este perfil fue Salvador Dalí y, en nuestro medio, Marta Minujín. Hoy el gran paradigma de este modelo lo encarna el artista inglés Daimen Hirst.

La relación entre “*autor*” y “*obra*” ha sido revisada en tiempos recientes aludiendo a la llamada “*desaparición del autor*”. Ver, en este sentido, FOUCAULT, Michel, “¿Qué es un autor?”, Bs. As., El cuenco de plata – Ediciones literales, 2010.

les cualidades¹³. Si el juez o el abogado *reparten*, el artista *crea*, y en definitiva todos *conducen*. La genuina conducción artística produce *creatividad*.

El concepto de *creatividad* admite varios significados. Con referencias a la divinidad, se asocia a la creación con el “*producir algo de la nada*”¹⁴, aunque en el contexto en que aquí lo utilizamos es pertinente su referencia como la capacidad de “*establecer, fundar, introducir por vez primera algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado*”¹⁵. En definitiva, el artista *crea realidad*¹⁶.

Un concepto ligado al de *creatividad* ha sido la *originalidad*, una de cuyas definiciones corresponde a lo “*dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: que resulta de la inventiva*

¹³ Mientras en el Derecho el abogado, el juez y el jurista *conducen* –en mayor o menor medida– para la justicia, el artista *conduce* para la belleza.

¹⁴ Diccionario de la Real Academia Española, voz “*creatividad*”, www.rae.es/recursos/diccionarios/drae.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Con referencias a la “*creatividad jurídica*” se ha dicho que ella importa la “*capacidad de producir una diferencia valiosa entre dos situaciones*”, en el marco dado por una *situación inicial* y una *situación final* de referencia (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Originalidad y ‘mundo jurídico’” cit., p. 83). Tal vez en el sentido *artístico* que indagamos en este trabajo, la *creatividad artística* no posea exigencias de *mejorar*, sino tan solo de introducir nuevos despliegues.

Con relación a la *creatividad artística*, ver ZWEIG, Stefan, “El misterio de la creación artística”, Leviatán 1993; OLIVERAS, Elena, “Cap. 3: Teorías sobre la creatividad” en “Estética. La cuestión del arte”, 2ª ed., Bs.As., Ariel, 2006, pág. 131 y ss.; GARMA, Amanda A., “Conceptos relativos a la creatividad artística según Umberto Eco”, en <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/amanda.pdf>; LABRADA, María Antonia, “La racionalidad en la creación artística”, en <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/2184/1/03.%20MAR%C3%8DA%20ANTONIA%20LABRADA,%20La%20racionalidad%20en%20la%20creaci%C3%B3n%20art%C3%ADstica.pdf>; POE, Edgar Alan, “Filosofía de la Composición”, en www.catedras.fsoc.uba.ar/reale/filosofia-de-la-composicion-poe.pdf; DUCHAMP, Marcel, “El proceso creativo”, en <http://pablomontealegre.wordpress.com/2008/08/21/marcel-duchamp-el-proceso-creativo>.

Una versión de la creación artística desde la fenomenología existencialista vinculada a Carlos Cossio puede leerse en RAFFO, Julio, “Derecho autoral – Hacia un nuevo paradigma”, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011, pág. 19 y ss.

de su autor”¹⁷. El Derecho a menudo asocia la originalidad a la *individualidad*¹⁸, lo que en gran medida torna borrosos sus contornos y afecta su precisión.

La *creatividad* referida a la conducta repartidora del artista puede entonces presentar diferentes grados, en cuya cúspide se encuentra tal vez la *originalidad*, en el sentido que la obra nace de la *exclusiva inventiva del autor*, como alcance más pleno de la capacidad de crear, libre de condicionamientos y *diferente* a cualquier otro *acto artístico*.

Pensamos que, en términos en los que estamos realizando este análisis, la *creatividad* alude a la forma más absoluta de la *conducción creadora*. Es decir, la *creatividad absoluta es ideal*, no es posible colegir que el artista cree algo partiendo de la nada, pero la plenitud creadora *exige* acercarse a ese horizonte ideal. Importa que el artista sea auténticamente *creativo*.

El *acto artístico creativo* puede desarrollarse además por otros *conductores* de menor importancia que el *creador*, los que deben ser igualmente considerados por el Derecho del Arte.

Encontramos entonces al *intérprete* que, aunque con menor autonomía y *creatividad*, es también considerado un artífice de *actos artísticos*. Son intérpretes los actores y los músicos ejecutantes, quienes también desarrollan *creatividad* en su interpretación, aunque limitados a la voluntad del creador –a la *proyección del acto artístico* que este realizó¹⁹, de la que son *recipiendarios* (destinatarios)–, explicitada en el

¹⁷ DRAE, voz “original”. El cuerpo de significados dice de la “originalidad” que es lo “*perteneciente o relativo al origen*”.

¹⁸ “*La originalidad (o individualidad) es condición necesaria para la protección; reside en la expresión, es decir, en la forma representativa, creativa e individualizada de la obra*” (VILLABA, Carlos y LIPSZYC, Delia, “El derecho de autor en la Argentina”, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2009, pág.38); “*La originalidad de la obra, en el sentido del derecho de autor, apunta a su ‘individualidad’ (y no a la novedad stricto sensu)*” (ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “Derecho de Autor”, 2ª ed., Caracas, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, 1998, pág. 130) Ver además, RUIPÉREZ AZCÁRATE, Clara, “Las obras del espíritu y su originalidad”, Madrid, Reus, 2012.

¹⁹ Se trata de cuestiones atinentes al *juicio artístico* propio de la *dimensión normológica del mundo artístico* y del Derecho del Arte.

guión o en la partitura²⁰. No obstante, la interpretación no es mecánica y exige especiales cualidades, lo que ha dado origen a cierto reconocimiento normativo –aunque de menor intensidad que el que recibe el autor– según veremos más adelante²¹.

También suelen ser importantes conductores de los *actos artísticos*, los *productores*, entendidos como los sujetos que toman la iniciativa, organizan y llevan adelante la realización de la obra. Se hace referencia, en general, a los productores discográficos y cinematográficos, y en alguna medida, a los editores de obras literarias²². Es posible poner en duda el grado de *creatividad* que desarrollan estos repartidores, no obstante lo cual no puede desconocerse su importancia. Interesa sobre todo evidenciar que profundas razones de *utilidad*, y tal vez de *justicia*,

²⁰ En relación al desenvolvimiento de los valores, se ha dicho que “*la creación es una actividad de avance del valor*” mientras que en la “*ejecución el avance del ser con miras a la realización del valor propuesto por la creación*” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Nota sobre los fundamentos de la inamovilidad de los creadores”, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/129/93>)

²¹ Se denominan “Derechos Conexos” a los que se disponen para los *artistas intérpretes o ejecutantes*, los *productores de fonogramas* y los *organismos de radiodifusión*. En el plano nacional, el reconocimiento legislativo general de los intérpretes y ejecutantes se desarrolla en los arts. 5 bis y 56 de la Ley de Propiedad Intelectual (Ley 11.723); en el plano internacional, “*Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión*” (ley 23.921), “*Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*” (ley 25.140), y el reciente “*Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales*”. Respecto al régimen laboral del ejecutante musical, cabe citar la ley 14.597.

²² En la música se distingue el *productor ejecutivo* (responsable financiero) y el *productor musical* (responsable de la música producida). Sobre el rol del *productor discográfico* en general, ver por ej., <http://elnegociodelamusica.blogspot.com.ar/2008/01/3-quin-es-que.html>

Respecto al *productor cinematográfico*, conf. REY, Ignacio, “Una mirada introductoria a la producción cinematográfica en la Argentina” en “Revista Kane”, N° 1, Bs. As., FADU-UBA, 2004, pág. 45, http://www.grupokane.com.ar/index.php?view=article&catid=44%3Acatmaster&id=123%3Aartmasterproduargen&option=com_content&Itemid=59. Igualmente, http://es.wikipedia.org/wiki/Productor_de_cine.

En cuanto al *editor* literario, sus funciones y sus estrategias, ver Owen, Lynette, “Comprar y vender derechos”, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

les han asegurado un importante papel en *orden de repartos*, incluso como *supremos repartidores*²³.

Otro *repartidor* artístico, que luce cierta creatividad y debe ser evidenciado, es el *traductor*. La traducción es un importante reparto que cabe considerar como un *acto artístico* que desarrolla cierta *creatividad*, desde que el acto de traducir de modo alguno significa una mera tarea mecánica reducida al conocimiento del idioma foráneo²⁴. Cabe mencionar con similares consideraciones al *adaptador*.

Y hay también por último, asistentes o auxiliares, quienes intervienen en la ejecución material del acto artístico, realizando tareas sobre todo técnicas (asistentes de artistas, iluminadores, sonidistas, etc.). No parecen sin embargo verdaderos *creadores* (conductores). El Derecho del Arte ha de comprender la distinción entre la *creación* y la mera *ejecución material*²⁵.

Desde otro punto de vista, existen artes con mayor tendencia a la *autoría individual* –la pintura, la literatura, etc– y otros que requieren la *autoría plural* –el cine es tal vez el mayor ejemplo; también de alguna manera la música–²⁶.

La autoría –*conducción* del acto artístico– puede ser *falsificada*. La falsificación *ilegítima* es típicamente conocida como *plagio*. El plagio es tal vez el opuesto de la *originalidad*, que genera un acto artístico aunque *sin creatividad*. Quien plagia sustrae la autoría, ya sea que

²³ El Derecho les ha otorgado cierta protección (conf., art.1 y 5bis ley 11.723, decs. 1.670/74 y 1.671/74; “Convención de Roma” cit., “Tratado de la OMPI”, cit.). No obstante, la *fortaleza jurídica* de las grandes empresas productoras se produce mediante la *transferencia* que el autor hace de sus derechos.

²⁴ Puede pensarse a la traducción como un *acto artístico derivado*. Sobre la labor creativa que asume el traductor, con relación a las ideas sostenidas por Jorge Luis Borges, ver WILSON, Patricia, “Come en casa Borges (y hablamos sobre traducción)” en “Revista La Biblioteca”, N°13: La cuestión Borges, Bs. As., Ediciones Biblioteca Nacional, 2013, pág. 288 y ss. La Ley de Propiedad Intelectual concede derechos al traductor sobre su traducción (arts. 4 y 23).

²⁵ Con relación a la distinción, ver Cam. Nac. Crim y Correc., Sala II - Oliva de Macadam, Ana, del 11/08/92 en LL-1993-D, pág. 357.

²⁶ Existe cierta consideración jurídica de la distinción, por ejemplo los arts. 16 y ss. de la Ley argentina de Propiedad Intelectual.

presente como *propio* un acto artístico que fue realizado por otro sujeto, o que *copie y repita* de modo íntegro un reparto que ya realizado²⁷.

Podemos pensar que el *plagio* es una falsificación de la autoría, mientras que la *falsificación* en sentido estricto, es una ilegitimidad que afecta al *objeto productivo* del acto artístico, la obra de arte. Quien plagia pretende ser *autor* –repartidor– de un acto artístico (y de su objeto, la obra de arte) que no ha realizado; quien falsifica realiza un acto (reparto) cuyo objeto resultante (obra de arte) pretende atribuir a la autoría de otro. La distinción permite apreciar ciertos matices entre ambas situaciones.

Curioso es que mientras el *plagiario*, como dijimos, realiza un acto artístico *sin creatividad*, el *falsificador* realiza un acto que puede guardar mayor o menor *creatividad*, pero que el verdadero *repartidor-creador* no quiere asumir²⁸.

La noción *artística* de plagio –es decir lo que los propios creadores tienen por plagio–, es controvertida²⁹. Es posible incluso reconocer

²⁷ Se define como *plagiar* el “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias” (según, www.rae.es/recursos/diccionarios/drae). En los tiempos del Imperio Romano, el *plagio* consistía en vender como propios esclavos que eran ajenos. Desde el punto de vista jurídico se ha dicho que “el delito de plagio reside en la acción dolosa del plagiario decidido a vestir con nuevos ropajes lo ya existente, para hacer creer que lo revestido es de cosecha propia” (Cám. Nac. Crim. y Correc., sala VI, - Troncoso, Oscar A., del 21/10/79, en LL 1980-A, pág. 544).

²⁸ Se trata de *falsificadores* que realizan obras inéditas pero *atribuidas* a grandes y prestigiosos artistas, con el fin de obtener un elevado precio por su venta. En ocasiones, sin embargo, exigencias de *belleza* y tal vez de *justicia*, han permitido la superación de dicho fraude. Por ejemplo, la muestra en la que se exhibieron obras de cinco grandes falsificadores del Siglo XX, que en su momento fueron creídas como de la autoría de Matisse, Modigliani, Picasso, etc. (“Revista Ñ”, 01/02/14, pág. 27; www.intentodeceive.org).

En el *mercado del arte* existe un gran sector dedicado a la compra-venta de *reproducciones* o *atribuciones*, respecto a los que es conocido su falta de autenticidad.

²⁹ Sobre el plagio visto *desde el arte*, v. MAYER, Marcos, “A plagiar, mi amor” en “La tecla populista: anotaciones sobre música, culturas políticas y otras yerbas”, Bs. As., Emecé, 2009, pág. 216 y ss.; PERROMAT, Kevin, “Algunas consideraciones para el estudio del plagio literario en la literatura hispánica” en “Espéculo. Revista de estudios literarios”, en <http://www.ucm.es/info/especulo/numero37/coplagio.html>. Enfoques jurídicos del plagio pueden encontrarse en POSNER, Richard, “El pequeño libro del plagio”, Madrid, El hombre del Tres, 2013; LEDESMA, Julio C.,

diferentes matices entre los extremos de la *originalidad* y el *plagio*. Uno de dichos fenómenos es, por ejemplo la "*intertextualidad*"³⁰. Cabe asimismo atender a desarrollos artísticos actuales como el "*remix*"³¹ y, en general, las posibilidades *creativas* de las nuevas tecnologías³². El Derecho del Arte, permite tener en cuenta estas situaciones propias del mundo artístico y asumir correctamente sus sentidos jurídicos, sin mutilarlos.

2.2. Otros elementos del acto artístico creativo: los destinatarios, el objeto, la forma y las razones

Al analizar los elementos del reparto, la Teoría Trialista identifica

"Derecho penal intelectual", Bs. As., Editorial Universidad, 1992). Ver además, GARCÍA, Ernesto, "¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal?" en "Revista La propiedad Inmaterial", N° 14, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2010, pág. 303 y ss.; GAFFOGLIO, Gisela L., "El Plagio" en La Ley 2006-C, pág. 1163, entre muchos otros. Como veremos luego, el desenvolvimiento del *plagio* en el mundo del arte no se identifica plenamente con la noción *jurídica* vigente que se ha aislado del aspecto *sociológico* y ha provocado una profunda mutilación del concepto.

³⁰ La intertextualidad alude, en general, a la presencia más o menos explícita de fragmentos de textos (obras) ajenos -propios o de otro creador- en el texto (obra) creado. Se trata de un concepto procedente de los estudios literarios y lingüísticos (Bajtín; Genette), que no obstante se utiliza para el análisis de temas como la autoría o el plagio (ver, PERROMAT, Kevin, "Poéticas combinatorias, (re)producción fragmentaria y plagio", en <http://www.crimic.paris-sorbonne.fr/actes/sal3/perromat.pdf> Una manera de la intertextualidad tolerada por algunos Derechos nacionales, como una *excepción* a los derechos de autor, es la *parodia*.

³¹ El *remix* (o la *remezcla*) alude a la mezcla alternativa de diferentes obras que da como resultado una nueva obra. Se utiliza principalmente referido a la música y, desde hace algún tiempo, al video. No obstante su uso difundido, el *remix* padece aún de una legitimidad controvertida (Conf. LESSING, Lawrence, "Remix. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital", Barcelona, Icaria, 2012; FOSSATI, Mariana y GAMETTO, Jorge, "Arte joven y cultura digital", Ártica, Centro Cultural 2.0. Disponible en www.articaonline.com).

³² Conf., por ejemplo, CARLÓN, Mario y SCOLARI, Carlos (comps.), "Colabor_arte. Medios y artes en la era de la producción colaborativa", Bs. As., La Crujía, 2012; KOZAK, Claudia (comp.), "Poéticas tecnológicas, transdisciplina y sociedad", Bs. As., Exploratorio Ludió, 2011. El Derecho de autor aún no se ha hecho eco de las nuevas formas de creación mediante *nuevas tecnologías* (*remix*, *mashups*, *sincronizaciones*, *recontextualizaciones*, etc.).

los *recipiendarios* destinatarios, el *objeto* (potencia o impotencia que reciben los destinatarios), la *forma* (los caminos mediante los cuales se llega al reparto) y las *razones*.

La autoría artística –y su despliegue, la *creatividad*– se encuentra a menudo en fuerte tensión con el rol del sujeto *recipiendario*. Ello pues hay quienes sostienen que en gran medida la recepción de los sentidos estéticos de la obra de arte requiere un proceso de “*re-creación*” por parte del espectador. E incluso, se ha sostenido que la obra del artista es completada y definida por el espectador³³.

Por otra parte, el *objeto* del acto artístico, los beneficios o los perjuicios, es decir la atribución de *potencia o impotencia* producida por la obra de arte, puede ser considerado en relación a la autoría. Preliminarmente resulta interesante pensar cuáles son las potencias propias que producen las creaciones artísticas. Hemos pensado que el sentido particular de estas las *potencias* puede ser entendida como *goce artístico o estético*. Sin embargo, a menudo los actos artísticos producen mero *entretenimiento*³⁴, producto en gran medida del proceso de mercantilización de las producciones artísticas, en particular las que conforman la llamadas “industrias culturales del entretenimiento”, como el cine o la música.

Asimismo, existe en la actualidad un gran debate respecto a las *impotencias* que debe afrontar el espectador *recipiendario* para “acceder” a las manifestaciones y obras artísticas propias de su cultura, es decir, los sacrificios que debe soportar para satisfacer su “*derecho al arte*” (elevados precios que debe pagar; dificultad para acceder a producciones que escapan a la “moda” impuesta por las grandes corporaciones monopólicas u oligopólicas que dominan la escena y el mercado).

Respecto a los *caminos* que el creador recorre para *crear* –la *forma* del acto artístico–, resulta pertinente pensar la existencia de mayor

³³ Entre muchos, Marcel Duchamp: dos son “*los polos de toda creación de orden artístico: el artista por un lado, y por el otro el espectador (...)*” (“El proceso creativo”, cit.). Desde otro punto, Umberto Eco sostiene la idea “obra abierta” en la que el destinatario asume un papel activo en la obra (GARMA, Amanda A., “Conceptos relativos a la creatividad...” cit.).

³⁴ En tal sentido se habla del “Derecho del entretenimiento” (VIBES, Federico P. (dir.), “Derecho del Entretenimiento”, Bs. As., Adh-Hoc, 2006).

o menor *audiencia* con el espectador, y en general con el contexto social en que se desarrolla el artista. Incluso puede pensarse en algunos casos de típicos de *negociación individual*, como el *retrato*, en auge en el siglo XVIII en Europa, y durante el siglo XIX en América, o la llamada *obra por encargo*. Sin embargo, las exigencias de *utilidad* y el dominio de las *modas* y el *entretenimiento*, suelen importar la *mera imposición* para el público general sobre el tipo de arte que *puede* y *debe* consumir.

Desde otro punto, existen situaciones en que el *camino* que conduce al acto se confunde con el acto mismo, por ejemplo, en el caso de las *performances* en que la obra *es* la actividad encaminada a engendrar la obra.

En el mundo propio de las artes, y con relación exclusiva a los “caminos” internos que recorre el artista, se sostiene que el acto posee grandes referencias al “*misterio*”, a la “*inspiración*” espontánea³⁵. Con frecuencia, el acto creativo va cargado de profundos grados de “*improvisación*”.

Por último, el *trialismo* sostiene la necesidad de conocer las *razones* que determinan las conductas repartidoras, en este caso, del artista creador en el acto de creación. En rigor, cabe distinguir entre los *móviles* personales del sujeto que *conduce* –los que muchas veces no corresponden al orden puramente artístico, sino que abarcan razones políticas³⁶, de utilidad³⁷, educativas, etc.–; de las *razones alegadas* por el

³⁵ Se ha propuesto utilizar el “método criminalístico de investigación” para explicar la creación artística, afirmando que crear una obra de arte se asemeja a realizar un crimen pasional en la que el autor poco recuerda o puede explicarnos (ZWEIG, op. cit.).

³⁶ Es vital pensar la relación entre arte y política, y en particular, en el rol “político” que han jugado grandes producciones artísticas, muchas veces de manera oculta. A veces el arte promueve la perpetuación del *orden establecido* (lo que se ha llamado el “arte oficial” por ej. el arte burgués europeo de los siglos XVII y XVIII que fuera férreamente dictado desde la “Academia Francesa”, creada en 1648, institución que incluso sobrevivió al torbellino de la Revolución Francesa de 1789), y en otras muchas se encamina al *cambio* del régimen vigente (ej. la propuesta estética desarrollada por el “muralismo mexicano” en los inicios del Siglo XX –promovido desde Estado y, *conducido* por su Secretario de Educación Pública, José Vasconcelos– acompañó los ideales comunitarios, solidaritas y anti-feudalesde la Revolución Mexicana del año 1910).

artista –lo que el artista *dice* en su obra, que no siempre se corresponde con las verdaderas razones del acto artístico– y, también, de las *razones sociales*, esto es, las que atribuye la comunidad.

A menudo la *razonabilidad* –es decir, la valoración positiva por la comunidad– suele llegar para el artista al final de su carrera, e incluso, luego de su muerte. La historia está plagada de artistas incomprendidos en su tiempo. El Derecho del Arte exige tener en cuenta esta última particularidad, la que, por ejemplo, pone en crisis las *soluciones* otorgadas por el Derecho de la Seguridad Social clásico³⁸.

2.3. Las clases de actos artísticos y sus límites

De acuerdo a la construcción trialista, cabe distinguir aquellos actos humanos que son *autónomos* de los *autoritarios*, es decir aquellos que se realizan *por acuerdo* entre los interesados y los que se realizan *por imposición*.

Parece que la *creatividad*, aún cuando puede desenvolverse mediante actos *autónomos*, se desarrolla sin que el artista requiera conformidad sobre lo que crea. El acto artístico, situado sobre bases de “superioridad” del artista y sobre la realización de belleza, suele *imponer* al público la voluntad del creador. Lo paradójico, es que por estos carriles “autoritarios” se arriba a grandes despliegues de *libertad* y *personalización*, tanto del artista como del espectador³⁹.

No cabe desconocer además que los actos creativos pueden verse fuertemente limitados por el ejercicio de la *censura*, que es tal vez uno de los actos autoritarios paradigmáticos del mundo del arte. La censura, como la generalidad de los actos (repartos) autoritarios desarrolla el valor *poder*, que es –no obstante– un valor *relativo* sobre el que no cabe

³⁷ Hoy fuertemente imbricadas por el “mercado del arte”.

³⁸ Muchos artistas “incomprendidos” pasan sus días en la absoluta miseria, y los “beneficios” de su producción es disfrutada por sus herederos. Sobre el punto, ver la importante *planificación* dispuesta en la “*Recomendación relativa a la condición del artista*” (UNESCO, 27/10/80). Conf. además MONTROYA MORA, Sheila Milena, “Panorama de la seguridad social de los autores, artistas, intérpretes y ejecutantes de Iberoamérica”, Bogotá, UNESCO-CERLALC, 2007.

³⁹ Estos aspectos serán retomados luego al abordar la dimensión axiológica.

descartar despliegues de *justicia*. Sin embargo, en el estado actual de desarrollo, la censura está *absolutamente* prohibida para cualquier caso⁴⁰. A veces la *autoridad* de la censura no resulta explícita, sino que se cuela en el fuero “interno” del artista repartidor, y adquiere la máscara de la “*autocensura*”.

Actualmente se señala además a la “piratería” como una importante adjudicación *autoritaria* de grandes *impotencias* (perjuicios) para los artistas, aunque tal vez los grandes perjudicados sean los intereses económicos de las empresas “intermediarias” (productoras cinematográficas, distribuidoras, sellos discográficos, editoriales).

Los *límites* que afectan las conductas repartidoras provocan su *éxito* o su *fracaso*. Reconocerlos es también una tarea que permite emprender la construcción *trialista* del objeto de estudio del Derecho. En el tema de análisis, el *éxito* suele tener a menudo importancia para el artista creador, no solo el “éxito comercial” que hoy se impone fuertemente por dominio de la *utilidad*, sino también el desarrollado en otros órdenes como el del propio campo artístico⁴¹ y el sociopolítico en general. En cuanto a *actos artísticos fracasados*, se ha dicho que Swift escribió “*Los viajes de Guilliver*” como testimonio contra la humanidad y, en cambio, dejó un libro para niños⁴².

Importa que desde el Derecho del Arte se hagan visibles los límites *sociopolíticos* –como dijimos, fundamentalmente la censura⁴³–,

⁴⁰ “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (ley 23.054), art. 13.1: “(...)2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente [libertad de expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar (...)”.

La censura ha sido moneda corriente en Argentina, aunque hoy existe una sensible reducción de sus posibilidades. Ver, por ejemplo, PESCLEVI, Gabriela, “Libros que muerden”, Bs. As., Ediciones Biblioteca Nacional, 2014.

⁴¹ Sobre el “éxito” en el *campus* artístico v. BOURDIEU, Pierre, “El sentido social del gusto”, Bs. As., Siglo Veintiuno, 2010, especialmente pág. 85 y ss.

⁴² Referido por Jorge Luis Borges en “El escritor argentino y la tradición” cit.

⁴³ Paradójicamente, uno de los primeros precedentes nacionales en que se individualizó a la “libertad de creación artística” como integrante de la libertad de expresión, implicó no obstante convalidar un claro acto de *censura* dispuesta por el poder ejecutivo de facto (CSJN - Colombes, Ignacio y otros c/ Nación Argentina s/ordinario, del 29/06/76). Ver igualmente, el llamado “Caso Ferrari” (Cam.

los *socioeconómicos* –en particular, en el caso de artistas noveles que encuentran dificultades para desarrollar su arte⁴⁴–, como así también, los límites *religiosos y éticos* –con mayor o menor gravitación en diferentes épocas–, y los *físicos, psíquicos, lógicos y axiológicos*. Igualmente, cabe considerar los límites *voluntarios*, esto es, los que el mismo sujeto se auto impone, y que pueden cerrarle grandes posibilidades creativas –caso, como dijimos, de la autocensura–.

3. El acto artístico creativo en el orden de repartos

De acuerdo a la construcción trialista, los repartos se “ordenan” en un orden de repartos, el que puede establecerse mediante un *plan de gobierno* de ordenación *vertical*, en el cual se identifican *quienes mandan* (“supremos repartidores”) y *con qué criterio* lo hacen (“supremos criterios de reparto”), como así también mediante la *ejemplaridad*, ordenación *horizontal* que se produce por el *seguimiento* de ciertos *modelos* que se consideran razonables de imitar.

En cuanto al *mundo artístico*, suelen existir ciertos *actos artísticos creativos* que se consideran “grandes modelos” y son seguidos sucesivamente por diferentes artistas, dando lugar a las “escuelas” o los “movimientos”⁴⁵. No obstante, cuando ganan institucionalidad, los órdenes artísticos suelen constituirse en grandes *planificaciones artísticas*. Los

Contensioadm. y tributario CABA, Sala I, “Asociación Cristo Sacerdote y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, del 27/12/2004 en LL 2005-C , 709; GIUNTA, Andrea (comp.), “El caso Ferrari”, Bs. As., Lycopodio, 2008.)

⁴⁴ Sobre la “promoción” que tiende a superar dichos límites, cabe mencionar por ej. el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), sin cuyos subsidios es imposible que existiera el cine de producción nacional (ley 17.741; www.incaa.gov.ar). Igualmente, el recientemente creado Instituto Nacional de la Música (ley 26.801) y el Fondo Nacional de las Artes (dec. ley 12.204; www.fnartes.gov.ar)

⁴⁵ Son *modelos* que inspiraron *seguimiento* por ejemplo, “Las señoritas de Avigñon” (Pablo Picasso, 1917) respecto al “cubismo”; “Kind of Blue” (Miles Davis, 1959) respecto al “jazz modal”; “Los crímenes de la *rue morgue*” y su protagonista, el detective Dupin (Edgar Alan Poe, 1841), respecto al “cuento policial”; y un largo etcétera.

géneros literarios *clásicos* pueden ser examinados igualmente en términos de grandes órdenes planificados⁴⁶.

Los *órdenes socio-jurídicos* se nutren de estos *órdenes* artísticos. Se ha dicho, por ejemplo, que el arte construye *ejemplaridades* jurídicas⁴⁷. Desde la dirección opuesta, como ocurre en el resto de los órdenes de la vida, el Derecho *planifica* en gran medida el arte. No obstante, esta *planificación jurídica* debe cuidar de no interferir ilegítimamente en la ordenación artística, para lo cual deberá evidenciar las *especiales exigencias de justicia*, sobre las que se propone construir el Derecho del Arte⁴⁸.

En el contexto actual, las enseñanzas *realistas* resultan de gran utilidad para desnudar los *supremos repartidores* del mundo artístico-jurídico y los *supremos criterios* mediante los que mandan. El artista ha perdido la calidad de *supremo conductor* con la que *mandaba* –como pudo tenerla, con máximo esplendor desde el Renacimiento–. Frente al advenimiento de la *reproductibilidad técnica*, las *industrias culturales*, la masificación del “*negocio del arte*” y el advenimiento de internet, quienes gobiernan hoy son los grandes productores e *intermediarios*, quienes se rigen por *supremos criterios* que persiguen el lucro y el entretenimiento (*utilidad*), frente al auténtico desarrollo de la *belleza*. Reconocer este nuevo escenario debe llevar a un profundo replanteo del tratamiento *jurídico* que proteja a los grandes *débiles* –el autor y el espectador– frente al desborde de las grandes concentraciones culturales.

⁴⁶ Se reconocen, tradicionalmente, tres géneros literarios (lírico, literario y dramático) cada uno de los cuales tiene su específica función, delimitada por sus propias *reglas*. Cada género posee además diferentes sub-géneros. Conf., http://recursos.cnice.mec.es/lengua/profesores/eso2/t1/teoria_5.htm.

⁴⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho del Arte” op. cit.

⁴⁸ Una muestra del avasallamiento del *orden artístico* por el *orden jurídico*, puede verse en el caso “Canterna de Becerra” en el cual la cuestión de la *firma de una obra* –atinente a la *autoría* del reparto– fue juzgada, a nuestro humilde entender incorrectamente, con las reglas generales que la legislación civil dispone para los documentos privados en general (Cám. Nac. Civ., Sala E, “*Canterna de Becerra María del Carmen c/ Noé Luis Felipe y otros s/ daños y perjuicios*”, del 08-04-2011, en microjuris.com, MJ-JU-M-66289-AR | MJJ66289).

III. Dimensión normológica

1. Las normatividad del Arte y del Derecho del Arte

Si el *mundo artístico* puede ser construido tridimensionalmente a la manera en que el Integrativismo Trialista construye el *mundo jurídico*, entonces en ambas esferas es posible reconocer una dimensión *normológica* –o simplemente *lógica*, en el caso del arte–. Así visto, la *norma* no agota la *juridicidad* del Derecho (del Arte), sino que constituye una de sus dimensiones, la que habrá que *integrar* con los despliegues *sociológicos* y *axiológicos*.

La norma se define como una “*captación lógica*” de un “*reparto proyectado*”, es decir, de una conducta humana. Esta captación se cumple mediante dos tareas, la “*descripción*” –referida a la voluntad del autor del reparto y al cumplimiento de la misma–, y la “*integración*” –mediante la utilización de *conceptos* y la incorporación de *sentidos* al despliegue fáctico del reparto–. De este modo, las normas inciden directamente *sobre la “realidad”*, desde que sus conceptos determinan la manera que aquella se desarrollará.

En el enfoque tridimensional propuesto del *mundo artístico*, la dimensión lógica se halla constituida en esencia por *juicios artísticos*. Estos juicios artísticos, “captan” los *actos artísticos*, de acuerdo al desarrollo que les dimos precedentemente, y en su origen se reconocen las fuentes *materiales* –los actos artísticos mismos, las obras de arte– y fuentes *formales* –en los relatos que los artistas hacen de los actos artísticos⁴⁹–.

⁴⁹ Los “manifiestos”, de gran auge durante las Vanguardias de principios del Siglo XX, constituyen una importante *autobiografía* que realizaban los artistas. En ellos es fácil reconocer que se da *origin* a gran cantidad de *actos artísticos proyectados*. (CIRLOT, L., “Primeras vanguardias artísticas. Textos y documentos”, Barcelona, Labor, 1995; CIPPOLINI, Rafael, “Manifiestos argentinos. Políticas de lo visual”, 3ª ed., Bs. As., Adriana Hidalgo Editora, 2012).

Sin detenernos en esta *dimensión lógica* del mundo artístico⁵⁰, pensamos que es importante para el Derecho atender a los *juicios artísticos* en relación con los *juicios jurídicos* –es decir, las normas jurídicas–. En ocasiones, las normas jurídicas pueden determinar los *actos artísticos* y los *juicios artísticos*.

El Derecho del Arte es el espacio para divisar la tensión entre los *conceptos jurídicos* y los *conceptos artísticos*. Respecto al tema que abordamos en este trabajo, la *creatividad artística*, existe una gran tensión en los *conceptos* y *materializaciones*⁵¹ que proyectan las *normas jurídicas* frente a la realidad *socio-normológica* del mundo artístico. El Derecho de autor clásico posee normas que *integran* la realidad del acto creativo mediante ciertas *materializaciones personales* –el “autor”, el “titular del derecho”– y otras *materializaciones no personales* –la “obra protegida”–, además de proyectar *conceptos* –el “fraude” o el “plagio”, como actos ilícitos–. Estos despliegues normativos *jurídicos* son a menudo recortes de la plenitud del fenómeno creativo.

Con relación al *reconocimiento* de la *juridicidad* del *acto artístico*, en gran medida la noción jurídica de “*obra protegida*” tiende a reemplazar, a opacar, la plenitud del despliegue de “*obra de arte*”. Como ya advertimos, el concepto de *obra protegida* es construido únicamente sobre la noción de *expresión formal* y de *originalidad*. Ello sin embargo, mutila los diferentes matices que presenta la *creatividad*, como hemos visto precedentemente, y por lo tantodeja hoy fuera *nuevas maneras* de crear –nuevos *actos artísticos creativos*– como el denominado “arte efímero”,

⁵⁰ El Trialismo realiza un gran aporte en cuanto al *funcionamiento* de las normas (ver CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Metodología Jurídica”cit., pág. 16). Partiendo de estas enseñanzas, quizás pueda pensarse que para que se realicen las *potencias* proyectadas por el artista en el *juicio artístico*, será necesario que el encargado de su *funcionamiento* –principalmente el *espectador*–, en primer lugar, *reconozca* que se trata de una manifestación artística, que *interprete* la intención del autor, que (re)elabore los *sentidos* de la obra, y que, por último, realice una gran tarea de *síntesis* de los diferentes sentidos que emergen de ella. Aunque no es propio del espectador, ciertos encargados del funcionamiento, deberán incluso *argumentar* sobre lo que se propone (por ejemplo, los “críticos” de arte).

⁵¹ Las materializaciones aluden a la *incorporación de sentidos* que proyectan las normas, y pueden ser de tipos *personales* o *no personales*.

las *performances*, el generado mediante dispositivos mecánicos⁵² o nuevas tecnologías (*net art*)⁵³, entre otros. Pretender *originalidad* pura –al modo del Derecho de autor– puede eclipsar ciertos fenómenos de marcada actualidad, como el *remix* o la *intertextualidad*⁵⁴. El concepto normativo de *obra protegida* es a menudo *inexacto* respecto al de *obra de arte* que, pensamos, busca “captar”.

Lo que denominamos *falsificación* de la autoría –plagio y falsificación propiamente dicha– también suele ser *captado* por normas jurídicas, y constituidos como un *fraude* a la ley. El concepto de *plagio* que proyectan las normas jurídicas presenta también conflictos con lo que ocurre en la realidad del *mundo artístico*, donde existen mayores posibilidades para ciertos *usos creativos* de obra ajena que son tenidos por los propios protagonistas (los artistas) como *lícitos*, frente a la *ilicitud* que dicta el Derecho⁵⁵.

⁵² Hasta no hace muchos años el derecho discutía la calidad artística de la fotografía, negándole categoría de *obra protegida*, o concediéndole una protección sensiblemente menor, con fundamento en que, al ser creado mediante un dispositivo mecánico no poseía *originalidad* (conf. por ej. art. 20 1er párr., ley 11.723; SERRANO FERNANDEZ, María (coord.), “Fotografía y Derecho de autor”, Madrid, Reus, 2008).

⁵³ Remitimos a la nota 30. Se debate hoy, por ejemplo, si los *videojuegos* pueden ser considerados “obras protegidas”.

⁵⁴ Un conflicto referido a la “*intertextualidad*” se observa con relación a “El Aleph aumentado” de Pablo Katchadjian, quien fuera querellado por María Kodama, titular *mortis causae* de los derechos autorales sobre la obra de Jorge Luis Borges. Ver, “Kodama: Juicio a un joven escritor experimental” en “Revista Ñ”, edición online del 06/04/12, http://www.revistaenie.clarin.com/literatura/Maria-Kodama-juicio-escritor-experimental_0_677332467.html; “Casación definirá si hay culpa en engordar El Aleph”, Portal Infojus Noticias, 20-06-2011, en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/>; GASLOLI, Pablo, “Help a él” en <http://blog.eteracadencia.com.ar/archives/2012/23034#more-23034>.

⁵⁵ Mientras en el *mundo jurídico* se plantea hoy a la “obra protegida” como “*cerrada*” –pues, por aplicación de los *derechos morales* de *paternidad e integridad*, sólo con autorización del autor pueden efectuarse modificaciones o alteraciones–, el *mundo artístico* maneja en la actualidad un concepto de “obra de arte” en términos de *apertura* –por ejemplo, mediante el *ready-made* o el *apropiacionismo*, *usos creativos* que gozan de *legitimidad* en el campo artístico–. Sobre las prácticas de “copia” o “apropiación” *legítimas* en el arte, ver (SIRACUSANO, Gabriela (comp.), “Original-Copia...Original?”, Bs. As., Centro Argentino de Investigadores de Arte

En cuanto al sujeto repartidor –el autor, pero también el interprete, el traductor, el productor– las normas suelen reconocerlos como tales, aunque en la actualidad quizás con cierta falta de *exactitud*. Las normas muestran al autor con una jerarquía y poder que no se corresponde ya con lo que verdaderamente acontece en los hechos. Por el contrario, el autor no suele ser el gran titular de derechos sobre su obra, sino que es un *débil jurídico* frente a los *reales* repartidores⁵⁶. El Derecho del Arte puede ser un espacio para re-jerarquizar al artista autor, y también para reconocer ciertos repartidores específicos del *mundo del arte* que, aún cuando reparten con cierta *creatividad*, las normas aún mantienen ocultos (ej. el curador; el *productor artístico*; entre otros).

Por otra parte, los *destinatarios recipiendarios* (espectadores) no han sido aún tenidos muy en cuenta por las normas jurídicas. En gran medida el *derecho al arte* se presenta como una deuda pendiente, de

(CAIA), 2005; GUASCH, Anna María, “El arte último del siglo XX. Del posminimalismo a lo multicultural”, Madrid, Alianza Editorial, 2001, Cap. 13, pág. 341 y ss.).

Sin llegar a estos extremos, suelen presentarse conflictos con la utilización de fragmentos de obra ajena, por ejemplo en la literatura, o con el abordaje de similares temas. Verbigracia, entre los casos recientes, el escritor argentino Federico Andahazi fue acusado, y posteriormente sobreseído, de plagiar importantes fragmentos en su obra "El conquistador" (2006) (Portal Infojus Noticias, 22/09/13, en <http://www.infojusnoticias.gov.ar/>).

⁵⁶ En este sentido, el incremento en el “plazo de vigencia” de los Derechos de autor –que iniciaron en una duración máxima de 30 años *post mortem*, y hoy se aproximan a los 100 años– suele ser una gran *espectáculo* que, alegando una mejora para el autor, esconde la verdadera intención de prolongar el monopolio jurídico que ostentan los *reales* titulares de los derechos, esto es, las grandes empresas productoras, distribuidoras y editoras. En este sentido, se señala como la última gran manifestación de la hipocresía a la reforma que en el año 1998 se produjo en los EEUU, mediante la llamada “Ley Mickey Mouse” (ver LESSIG, Lawrence, “Cultura Libre”, Santiago de Chile, LOM ediciones, 2005, pág. 119 y ss, edición digital en <http://www.elastico.net/archives/001222.html>). La tendencia se repite en Argentina (remitimos a VALICENTI, Ezequiel, “Todos los derechos reservados” en microjuris.com, MJ-DOC-6095-AR | MJD6095).

El trialismo propone la interesante categoría de “fuentes espectáculo” –dictadas para aparentar, pero no para cumplir– y “fuentes propaganda” –establecidas para *persuadir* su cumplimiento futuro– (CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., pág. 15).

difícil conciliación frente a la gran pluralidad de intereses, principalmente económicos, que rodean a las producciones artísticas.

De cierta manera, puede decirse que el Derecho del Arte reposa sobre una gran norma *propaganda*, contenida en el PDESC que exige la difícil conciliación entre los intereses de los creadores y los de la comunidad⁵⁷. Desde allí, y con aportes del Integrativismo Trialista, podemos pensar que el *artista* constituye el *centro crítico* de la nueva rama transversal, mientras que la comunidad se ubica en la *esfera crítica*⁵⁸. Ambos deben ser vistos hoy como *débiles*; ambos poseen además tutela con jerarquía de Derechos Humanos. El gran desafío es construir el equilibrio⁵⁹.

Las normas jurídicas del pretendido Derecho del Arte, se nutren también de *fuentes reales* que son *materiales* –es decir, los propios actos

⁵⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 15: *1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a: a) Participar en la vida cultural; (...) c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones (...) literarias o artísticas de que sea autora (...)*”. Ver además, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Observación General N° 17 (2005). En el ámbito americano, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, art. 14.

⁵⁸ Sobre las nociones de *centro crítico* y *esfera crítica* ver CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Las ramas del mundo jurídico, sus centros críticos y sus esferas críticas” en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 21, págs. 73 y ss., en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/File/506/416>.

⁵⁹ El tema supera la extensión dada en la reflexión. Algunas reflexiones globales que pueden verse en VALICENTI, Ezequiel, “Derechos Humanos y Derechos de Autor: panorama de las tensiones provocadas entre los derechos del artista y el acceso a la cultura” en SLAVIN, Pablo (comp.), “Avances en la investigación de las ciencias jurídicas y sociales”, Mar del Plata, UMDP, 2012.; ONAINDIA, José Miguel, “Propiedad intelectual y nuevas tecnologías” en “Revista de Derecho de Daños”, N° 2013-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, págs. 297 y ss; del mismo autor “Cultura y Desarrollo: la urgencia de un nuevo pacto social” en BEAULIEU, Paula y LOPEZ CUENCA, Alberto (comps.), “¿Desea guardar los cambios? Propiedad intelectual y tecnologías digitales: hacia un nuevo pacto social”, Córdoba, Centro Cultural España-Córdoba, 2009, pág. 155 y ss; CORREA, Carlos, “Acceso a la cultura y derecho de propiedad intelectual: la búsqueda de un nuevo equilibrio” en “¿Desea guardar los cambios?” op. cit., pág. 131 y ss.

artísticos creativos y, en general, el *mundo artístico*–, y *formales* –las contenidas, sobre todo en tratados internacionales, leyes, decretos, etc–. El arte es además una gran *f fuente de conocimiento* para el Derecho.

2. El ordenamiento normativo jurídico y artístico

Así como puede pensarse en un *orden de repartos* –un orden de *actos artísticos*–, cabe tratar igualmente la existencia de un *ordenamiento normativo*, que constituye la *captación lógica* de aquel orden de conductas humanas. En el *mundo del arte*, el orden de los actos artísticos será captado por un *ordenamiento de juicios artísticos*. Por su parte, el Derecho del Arte habrá de construir también su *ordenamiento normativo* propio y específico.

Es posible pensar que cada disciplina artística compone un *ordenamiento de juicios artísticos* –referidos a los *actos artísticos*–, con sus concretas y diferenciadas reglas y *proyectos de actos artísticos*⁶⁰. En todo caso, los *ordenamientos artísticos* tienen especial injerencia, y proyectan su normatividad en el *ordenamiento normativo* del Derecho del Arte. Este ordenamiento será *fiel*, cuando refleje el “contenido de la voluntad de la comunidad”⁶¹, es decir, cuando proyecte repartos que abraza la comunidad sobre los que se efectivizarán. Las manifestaciones artísticas son uno de los modos que posee el Derecho para conocer la *voluntad* de la comunidad.

La autonomía del Derecho del Arte como rama jurídica depende, en gran medida, de su capacidad para descubrir sus *principios propios*, que construyan el ordenamiento jurídico específico y lo *integren* frente a casos sin una solución jurídica prevista (lagunas). En relación con la autoría y la creatividad, uno de los principios fundamentales ha de ser el de asegurar la protección de la relación entre el autor y su obra, por el mero *acto creativo*, sin sujetarlo a recaudos formales o de calidad artística –cuestión propia del ámbito artístico–, y en definitiva, **re-conocerlo** como un sujeto con *especiales exigencias de justicia*. Y si se

⁶⁰ Puede hablarse de “ordenes literarios”, de “ordenes arquitectónicos”, etc.

⁶¹ CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., pág. 18.

considera que se trata de un *débil jurídico*, nace también el principio específico formulado con la manda del “*in dubio pro auctore*”⁶².

IV. Dimensión axiológica

1. Axiología con referencia a la justicia y a la belleza

La Teoría Trialista identifica como parte del *objeto de estudio* del Derecho una dimensión *axiológica*, referida, en general, a los *valores*. Los desarrollos de la teoría han permitido grandes avances –con rigor científico– sobre la *estructura* de los valores, proponiendo además que el *contenido* de la justicia sea *construido* en base a *consensos* entre los miembros de una sociedad⁶³. El estudio de la justicia se distingue entonces entre la “Axiología Dikelógica” y la “Axiosofía Dikelógica”, respectivamente.

El *complejo de valores* que comprende la dimensión axiológica del mundo jurídico culmina en la *justicia –dimensión dikelógica*, por su referencia a Dike, diosa griega de la justicia–. En el caso del *mundo artístico*, es también posible pensar su propio complejo de valores –constitutivo de su *dimensión apológica*, por referencia a Apolo, dios de la belleza⁶⁴–, en cuya cúspide (o centro) se halla la *belleza*, valor eminentemente identificado con el arte.

⁶² Conf. VILLABA, Carlos y LIPSZYC, Delia, op. cit., pág. 267.

⁶³ La versión de Werner Goldschmidt sostenía una postura de la justicia como valor *objetivo y natural*. A partir de los avances en el estudio de la justicia realizados por CIURO CALDANI, el trialismo adopta una posición *constructivista* (CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., pág. 20, y del mismo autor “Metodología Dikelógica”, 2ª ed. Inalterada, Rosario, FIJ, 2007). Ver también, ISERN, Mariana, “De ‘La Ciencia de la Justicia (Dikelogía) a ‘Metodología Dikelógica’, el derroteo de la teoría trialista” en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), “Dos Filosofías...” cit, pág.107.

⁶⁴ La denominación ha sido sugerida por CIURO CALDANI, en “Derecho del Arte” cit.

Por su parte, el Derecho del Arte –en tanto rama del Derecho–, construye su propio complejo dikelógico con miras a la realización del valor justicia. Es, además, un espacio para la vinculación entre *justicia* y *belleza*, a veces en relaciones de *oposición*, por momentos de complementariedad (*coadyuvancia*). El Integrativismo trialista sostiene que en definitiva, el gran valor a realizar es la *humanidad*, del que la *justicia* y *belleza* –pero también la *utilidad*, la *verdad*, la *santidad*, etc– resultan *indicios de realización*. Arte y Derecho deben estar al servicio de la *plenitud* del ser humano.

Nuestra propuesta, para las reflexiones que siguen, será analizar la *forma* de la justicia –en particular su estructura y sus clases⁶⁵, y su ordenación en un *complejo axiológico* específico del Derecho del Arte– en relación con la *belleza*⁶⁶; y luego retomaremos el *contenido* de la justicia –y desde allí, la *justicia del reparto* y del *orden del reparto*–.

2. *Axiología dikelógica con relación a la belleza: la forma de la justicia*

La estructura general de los valores presenta la *valencia* (el deber ser puro; los valores valen), la *valoración* (el deber ser aplicado; el valor valora situaciones concretas), y la *orientación*, mediante *criterios generales de orientación*.

Los valores constituyen además una categoría *pantónoma*, de manera que se nos presenta como dificultosa la tarea de *valorar* –ponderar al interrogante acerca de *qué* es lo justo, o lo bello, en *este caso*

⁶⁵ En rigor, el análisis que permite la Teoría Trialista es más amplio: de la *forma* de la justicia considerada *aisladamente* se puede estudiar su estructura y sus clases, pero también sus *fuentes*, su *funcionamiento* y sus productos. Las mismas categorías de análisis pueden estudiarse en relación a forma de la justicia en el *complejo axiológico* (CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., págs. 20 y ss). Sin embargo, por razones de extensión, nuestro análisis será reducido.

⁶⁶ Aunque mucho se discute, puede sostenerse que el *valor* belleza abarca la “belleza natural” –producto de las *distribuciones* originadas en la naturaleza– y la “belleza artificial” o “belleza artística”, *creada* por *actos* (repartos) del hombre –entre ellos, el *acto artístico*–.

en concreto— pues para hacerlo con plenitud deberíamos considerar la totalidad de las *adjudicaciones pasadas, presentes y futuras*. Para superar esta dificultad, el Trialismo propone el *método de los fraccionamientos*, a partir del cual podemos *recortar* ciertas proyecciones pasadas, presentes o futuras, que nos resultan inabarcables, y de esta manera producir respuestas dotadas de *seguridad jurídica*⁶⁷.

En el *mundo artístico*, podemos sostener que la belleza se halla en gran medida en *crisis*. El *complejo axiológico* se compuso durante varios siglos de los sentidos de *belleza* otorgados en el período renacentista. El valor *belleza* era reconocido como la *exigencia* suprema del arte, identificándola de cierto modo con la *armonía*, la *verosimilitud*⁶⁸ o la *proporcionalidad*⁶⁹. Lo cierto es que la belleza en su *valencia* ha entrado en crisis a partir, fundamentalmente, de mediados del Siglo XIX, con el desarrollo del denominado “impresionismo”, teniendo su cúspide en los movimientos de *vanguardia* en las primeras décadas del Siglo XX, y al fin, logrando cierto *consenso* en lo que hoy se denomina “arte contemporáneo”⁷⁰. No obstante, sigue siendo el gran valor de referencia para los artistas —aún para evidenciar su *crisis*—, y en tal sentido quizás siga teniendo grandes despliegues *orientadores*.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, op. cit, págs. 401 y ss. Sobre el método de fraccionamiento con relación al Arte, y en general, sobre la *dikelogía* del Derecho del Arte, ver GALATI, Elvio, “Notas Jurídico-dikelógicas del Derecho del Arte. Hacia una armonía entre Arte, Religión y Filosofía” en “Investigación...” cit., N° 43, Rosario, FIJ, págs. 107 y ss.

⁶⁸ Es interesante pensar la relación entre *verdad* y *belleza*: en el arte la pretensión de *verosimilitud* se presenta quizás como una *verdad fabricada*.

⁶⁹ Tal vez pueda decirse que estos valores integran el *complejo apológico* del *mundo artístico*.

⁷⁰ Sobre la crisis de la belleza, conf. entre muchos, MICHAUD, Yves, “El arte en estado gaseoso”, México, Fondo de Cultura Económica, 2007; DANTO, Arthur C., “El abuso de la belleza. La estética y el concepto de arte”, Bs. As., Paidós, 2005. Ver además, SMITH, Terry, “¿Qué es el arte contemporáneo?”, Bs. As., Siglo XXI, 2012.

Sobre las consideraciones de *belleza* a través del tiempo y del espacio, ver PAQUET, Dominique, “La historia de la belleza”, Bs. As., Ediciones B, 1998; ECO, Umberto, “Historia de la belleza”, trad. María Pons Igarzábal, Barcelona, DeBolsillo, 2010.

En términos generales, el *acto artístico* es productor (o desarrollador) de *belleza*. A veces, el acto artístico *deslegitimado* es señalado como productor de *fealdad*, aunque esta propiedad hoy posee grandes posibilidades en el seno mismo del arte. Como advertimos, para el Derecho (del Arte) lo que *fundamenta* —en términos de *justicia*— la protección del artista es la mera *conducción* de un acto artístico, sin importar méritos en términos de belleza o “fealdad”.

La belleza quizás tenga mayores posibilidades *desfragmentadoras* que la justicia; a menudo se *valora* la obra de un artista en relación con su obra previa —su *trayectoria*—, con el *movimiento* al que pertenece o con el contexto en el que fue creada.

La tarea de *valoración* puede ser también emprendida mediante el llamado “*método de las variaciones*”, en la que se procede mediante la variación *imaginada* de diferentes despliegues del valor y las consecuencias. En gran medida, el arte es un desarrollo de *variaciones* efectuadas por terceros, que de alguna manera pueden resultar “*inspiradoras*” para quién debe *valorar* el caso en concreto.

Reinterpretando las enseñanzas de Aristóteles, el *trialismo* postula la posibilidad de reconocer diferentes *clases de justicia*, las que pueden ser pensadas también con relación a la *belleza*.

De allí que podrán concebirse *actos artísticos* que poseen mayor o menor *consenso* —el artista plástico es tal vez más *extraconesual*, pues suele ser un creador solitario; el cine, la danza, y las manifestaciones colectivas en general, presentan mayores despliegues de *consenso*—; pueden tener además mayor o menor *consideración* de las personas destinatarias (recipiendarios) o atender únicamente al *rol* de espectador —en gran medida, el arte fue pensado para la *contemplación pasiva* del sujeto *espectador* puesto frente a la obra—. En relación a las *razones*, los actos artísticos suelen ser en general más *polilogales* —en el sentido de reconocer varias razones— que *monologales*; sin embargo, las razones suelen ser difíciles de conocer y quedan *ocultas* en la misma obra. Por último, con respecto a la *contraprestación* que recibe el repartidor (creador), se distingue entre la justicia *conmutativa o espontánea*: si bien el acto creador tienen fuertes tendencias a la *espontaneidad* (sin contraprestación), la marcada mercantilización del arte y el florecimiento de las industrias culturales, vuelve al acto profundamente *interesado* en

la contraprestación⁷¹. Desde otro punto de vista, las llamadas “*obras por encargo*”, o la figura del *gosht writer*, suelen ser casos de *actos artísticos* provocados casi exclusivamente en razón de la contraprestación económica⁷².

Existen clases de justicia también con relación al *orden*, en este caso, al *orden de actos artísticos*. Pueden pensarse entonces, actos artísticos con despliegues de justicia *gubernamental* –proveniente del *todo*– o de justicia *partial* –provenientes de la *parte*–; y por otro lado, actos que desarrollen una justicia *integral* –referida al *todo*, por caso, la arquitectura– o una justicia *sectorial* –referida a una *parte*, vrg., el arte visual–.

La *justicia* también puede ser estudiada en referencia al *complejo axiológico* propio del mundo jurídico, constituido, como ya dijimos, por la propia *justicia* pero también por el resto de los valores que se *construyen*. La *belleza*, aún con la profunda crisis que vive, encabeza quizás el *complejo axiológico* de mundo artístico, en el que también habrá otros valores ubicados en diferentes niveles. Ambos complejos tienen mutuas injerencias, las que se aprecian en el Derecho del Arte.

⁷¹ Los llamados “movimientos alternativos”, como Creative Commons o las agrupaciones de “copyleft”, sostienen que el arte debe ser *espontáneo*, y atacan en gran medida las *contraprestaciones* que se originan de la obra (Conf. STORY, Alan y otros, “El dossier copia/sur”, Caracas, Grupo de Investigación CopySouth, 2008, disponible en <http://copysouth.org>; TARIN, Bruno y ADRIANO, Belisario. (orgs.), “Copyfigh”, Río de Janeiro, Beco de Azougue Editorial, 2012; BUSANICHE, Beatriz (comp.), “Argentina Copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura”, Bs. As., Fundación Vía Libre, 2010, disponible en www.vialibre.org.ar; ver LESSIG, “Cultura Libre” cit.).

⁷² Frente a los problemas que genera la atribución de propiedad de las obras por encargo, las legislaciones suelen regular específicamente la hipótesis. Aun cuando las obras por encargo reposan en la *contraprestación* prometida, no obstante pueden ser para el artista una importante oportunidad para expresar otras *razones*. Un caso elocuente y paradigmático es la pintura mural que le fuera encargada a Diego Rivera para ser emplazada en el recientemente inaugurado Rockefeller Center. En la cuna del capitalismo, el artista encontró la posibilidad de exponer sus razones *contra* el sistema económico, pintando diferentes “símbolos” comunistas (incluido el retrato de Lenin), lo que provocó la ira de su comitente y la pronta demolición de la obra (ver, www.cookingideas.es/mural-rivera-20111115.html).

Los valores que constituyen los *complejos axiológicos* pueden ser *absolutos* (siempre resultan valiosos, por ej., la justicia, la belleza, la utilidad, la verdad, etc.) o *relativos* (pueden resultar o no valiosos en relación con otros valores). El Trialismo identifica los valores relativos que componen el *complejo axiológico* del mundo jurídico⁷³; asimismo, es posible reconocer valores *relativos* propios del *complejo axiológico* del mundo artístico⁷⁴.

Una de las mayores riquezas de los aportes trialistas consiste en la postulación de categorías que nos permiten pensar la relación entre *valores*⁷⁵. Los valores se relacionan legítimamente *coadyuvándose* –si se encuentran en el mismo nivel, en relaciones de *contribución*; si están en diferente, en relaciones de *integración*– o se oponen y se *sustituyen*. Las relaciones pueden además ser ilegítimas, produciendo el *secuestro* de los valores, en términos de *subversión* (un valor inferior ocupa ilegítimamente el lugar del superior), *inversión* (el valor superior desplaza al inferior), o de *arrogación* (producida en el mismo nivel).

En relación a la autoría de *actos artísticos*, cabe tener en cuenta interesantes relaciones que se producen, como ya hemos dicho, entre *justicia* y *belleza*, pero también entre estas y la *utilidad*, atendiendo al fuerte dominio que este valor posee en el vigente sistema capitalista. Ya hemos adelantado que tensas relaciones entre *utilidad*, *belleza* y *justicia* se producen, de modo paradigmático, en las relativamente nuevas “industrias culturales”, hoy devenidas en grandes “industrias del entretenimiento”, en el cual el arte se *mercantiliza*, algunas veces con profundos desbordes de la *utilidad*⁷⁶. Los excesos, generan *ilegítimas arrogaciones*,

⁷³ Se trata de los valores desarrollados en el orden de repartos como el *poder*, la *cooperación*, la *previsibilidad*, la *solidaridad*, el *orden*, la *pacificación* (GOLDSCHMIDT, op. cit, págs. 379 y ss), y también con los referidos a las normas y el ordenamiento normativo, como la *fidelidad*, la *exactitud*, la *adecuación*, etc.

⁷⁴ Además de la *belleza*, el arte tiene referencia, por ejemplo, a la *armonía*, la *verosimilitud*, la *proporcionalidad*, la *creatividad*.

⁷⁵ Se trata del *funcionamiento del complejo axiológico* (CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., pág. 24).

⁷⁶ La industria cinematográfica produce ingresos por exportaciones que la ubican como la segunda industria más importante de los Estados Unidos. Mientras tanto, el cine de producción nacional participa únicamente en el 8,5% de la recaudación total por exhibiciones en el país (cifras año 2012, <http://sinca.cultura.gov.ar/sic/estadisticas/>).

por un lado, de la *utilidad* en demerito de la *belleza* –al imponer, por ejemplo, *criterios* que determinan el *modo* y la *clase* de *actos artísticos* que se producen–, y, por otro lado, de la *utilidad* en perjuicio de la *justicia* –lo que se observa, por ejemplo, en el incremento del plazo de vigencia de los “derechos de autor” cuya titularidad ostentan las grandes corporaciones productoras, y también, en el *desplazamiento* que ha sufrido el protagonismo de la OMPI frente a la injerencia de la OMC respecto a temas de propiedad intelectual⁷⁷–.

En términos más específicos, limitados al mundo de las artes plásticas, debe tenerse en cuenta el florecimiento y desarrollo del *mercado del arte*, uno de los grandes mercados de *inversión* y, a menudo, de especulación financiera. Ello genera, no solo que el *precio* se convierta en el parámetro que mide la *calidad* de la obra⁷⁸, sino también –lo que es más preocupante– la *acumulación* de gran parte del patrimonio artístico en unos pocos patrimonios *privados*. Sin duda la aplicación del

Sobre las industrias culturales en general ver LÓPEZ, Gustavo, “Las industrias culturales en la legislación argentina”, Bs. As., Coedición del Centro Cultural de la cooperación y la Universidad Nacional de Quilmes, 2009; MORENO, Oscar, “Artes e industrias culturales. Debates contemporáneos en Argentina”, Caseros, EDUNTREF, 2010; Getino, Octavio, “El capital de la cultura: las industrias culturales en Argentina”, Bs. As., Ciccus, 2008. Sobre el volumen y desarrollo de las industrias culturales en argentina –las que se calculan representan el 3,5% del PBI nacional– ver el informe del Sistema de información cultural de la Argentina (SInCA) – “Valor y símbolo. Dos siglos de industrias culturales en Argentina” en http://sinca.cultura.gov.ar/sic/publicaciones/libros/SInCA_ValorySimbolo.pdf.zip.

Ver además, Observatorio de Industrias Creativas (OIC, <http://www.buenosaires.gob.ar/observatorio-de-industrias-creativas>); Mercado de Industrias Culturales (MICA, www.mica.gob.ar).

⁷⁷ OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. OMC: Organización Mundial del Comercio. Resulta paradójico que los instrumentos internacionales que lograron la adhesión de la mayoría de los Estados, y que establece el régimen internacional vigente de la materia, haya sido “negociado” y aprobado en el marco de la OMC. Se trata de los llamados Acuerdos ADPICs (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio). Conf. Álvarez Navarrete, Lilian, “Derecho de ¿autor?”, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2006.

⁷⁸ Sobre el mercado del arte y los factores que rigen la relación *precio-calidad* de la obra, ver MOULIN, Raymonde, “El mercado del arte. Mundialización y nuevas tecnologías”, Bs. As., La Marca editora, 2012.

modelo de *acumulación capitalista* puede generar profundos retrocesos para la belleza y la justicia, y en definitiva, la *humanidad*. El Derecho del Arte posee grandes posibilidades para asumir estas *especiales exigencias* de justicia y *regular* adecuadamente el mentado mercado del arte⁷⁹.

Desde otro punto de vista, la relación entre la situación jurídica del artista y la de la comunidad –como vimos, relación *centro crítico-esfera crítica*– se presenta como un despliegue de las tensiones entre *utilidad*, por un lado, y *justicia y belleza*, por el otro. En esta línea, parece que el *derecho a acceder* del que son titulares los miembros de la comunidad, no puede ser reducido al *acceso gratuito* –que perjudique, al menos indirectamente, la situación del artista creador–, pero tampoco se satisface con un *acceso* excesivamente *oneroso*, como el que en gran medida debe soportar hoy el espectador⁸⁰.

3. *Axiosofía dikelógica con relación a la belleza: la construcción del contenido de la justicia.*

Como ya advertimos, la formulación actual del Integrativismo Trialista propone analizar la *justicia* de las conductas humanas (los repartos y su ordenamiento) y de las normas (y su ordenamiento), sobre *bases construidas* a partir del *consenso*.

Si compartimos que el contenido mínimo de la justicia se compone de un *principio supremo de justicia* de acuerdo al cual se ha de

⁷⁹ La regulación implica *reconocer*, por ejemplo, nuevas figuras contractuales con características propias, atendiendo además a la noción de *patrimonio común* y de *bien público* (que pueden implicar fuerte restricciones respecto al *objeto* de las transacciones), así como también nuevos *sujetos* (el galerista, el *marchand*, el coleccionista privado, etc.). Conf. SOZZO, Gonzalo (dir.), “La protección del Patrimonio Cultural”, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2009; asimismo VALICENTI, Ezequiel, “La relación jurídica entre artista y galerista. El contrato de galería de arte ('marchand')”, en *microjuris.com* MJ-DOC-5956-AR | MJD5956.

⁸⁰ Una interesante relación de estos términos, puede ser vista en la ley sobre el “*precio uniforme de venta al público o consumidor final de libros que se editen o importen*” (ley 25.542), la que establece la uniformidad de precios y la imposibilidad de otorgar descuentos más allá de los reglamentados. No obstante, es claro que esta normativa está pensada en favor de los editores y no de los lectores.

“*adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, convertirse en persona*”⁸¹, podemos pensarlo –para el caso específico del Derecho del Arte– en relación a la *belleza*. De esta manera, el *contenido* de la *justicia* con referencia a la *belleza*, indica que ha de adjudicarse a cada individuo la esfera de libertad para realizar la *belleza* necesaria para su *personalización*⁸².

En líneas generales, podemos pensar que el *acto artístico* se encuentra justificado en tanto logra el desarrollo de la *persona* (tanto de autores como de destinatarios-espectadores). A su par, el *plagio* o *falsificación* –surgidos tal vez por importantes exigencias de *utilidad*– presentan severas dificultades en cuando a su *legitimidad*⁸³.

En lo específico, partiendo de aquel principio supremo formulado con vinculación a la *belleza*, el Derecho del Arte puede analizar la justicia atendiendo a los elementos del *acto artístico* y su ordenación, según vimos en la *dimensión sociológica*⁸⁴.

En cuanto a la *justicia* del reparto y sus elementos (del *acto artístico*), hay que considerar la *legitimidad* de los conductores (creadores), de los beneficiarios, de los objetos (potencias e impotencias), de la forma y de las razones.

Por ejemplo, la *legitimidad* del artista para crear –conducir el acto artístico creativo– tradicionalmente se desarrolló sobre bases *aristocráticas* –apoyada en la superioridad moral y técnica–. Sin embargo, no pueden desconocerse ciertas reivindicaciones basadas en la *autonomía* de los interesados –tal vez reflejada en la manda que indica que “*toda*

⁸¹ CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., pág. 30. El principio fue sugerido por Goldschmidt, aunque desde bases objetivas, en op. cit. pág. 417.

⁸² La formulación corresponde a CIURO CALDANI, Miguel Angel en “Los valores jurídicos y el resto del mundo del valor” en “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, FIJ, 1986, pág. 90. Ver igualmente, GONEM MACHELLO, Graciela, “Algunas reflexiones sobre Derecho y Arte” en “Boletín del Centro...” op. cit., N° 14 pág.50. Quizás el Derecho del Arte deba pensar también en el recorrido inverso, estos es, la *belleza* con relación a la *justicia*, partiendo de aquel valor.

⁸³ Un alegato en favor de la legitimidad del plagio, en tono literario, se desarrolla en LAISECA, Alberto, “Por favor, ¡plágienme!”, Bs. As., Eudeba, 2013

⁸⁴ Podría pensarse también en el desarrollo de la justicia con referencia a las *normas* y el *ordenamiento normativo* (CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica” cit., págs. 26 y ss, y 29 y ss.).

persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”⁸⁵ –, y en ocasiones con sustento en la *democracia*, fundados en el apoyo de la mayoría. También se ha señalado que el artista puede ser considerado un repartidor *criptoautónomo*, en el sentido de expresar sentidos queridos por los demás⁸⁶.

En relación a los destinatarios (recipiendarios), su legitimidad “para recibir” puede estar fundada en *merecimientos* –en la *necesidad*– o en *meritos* –en la propia conducta–. El *derecho al arte* (derecho al acceso), nace en gran medida de la *necesidad* de cada hombre de constituirse como un sujeto que *viva* despliegues artísticos. La plenitud del *derecho al arte*, que constituye uno de los horizontes a realizar dentro del Derecho del Arte, requiere el desarrollo de los *medios* para acceder al arte⁸⁷.

Es posible también indagar acerca cuáles son las *potencias e impotencias* que son dignas de ser repartidas mediante el acto artístico creativo. Como hemos sostenido previamente, el *goce artístico* es una importante potencia que nutre el desarrollo de la *persona humana*, tanto del artista como del espectador. Tiene hoy fuerte impronta la atribución de *entretenimiento*, tal vez menos genuino y *personalizante*. El acto artístico también atribuye *propiedad*, de importancia tal que el Derecho de autor fue desarrollado como una forma de propiedad que merecía protección⁸⁸.

Sobre la *forma* del acto artístico, el requerimiento de justicia exige que se asegure la *audiencia* de los interesados, la que se materializará en la *negociación* –cuando se trate de un *reparto autónomo*– y en el *proceso*

⁸⁵ Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948), art.27. En igual sentido, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 15; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 13, y su Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, art. 14

⁸⁶ CIURO CALDANI, “Derecho del Arte” op. cit.

⁸⁷ Se entiende que la plenitud del *acceso al arte*, requiere no solo de *medios jurídicos*, sino también de *medios educativos, medios económicos*, etc.

⁸⁸ Se la suele denominar “*la plus sacrée*”, en alusión a las palabras con que Le Chapelier defendió la propiedad intelectual frente a la Asamblea Nacional nacida de la Revolución Francesa de 1789.

–si se conduce mediante *repartos autoritarios*–. El acto artístico, según hemos visto, tal vez por influencia de la *belleza*, presenta grandes limitaciones para la *negociación*. El *plagio*, visto hoy desde el Derecho como un acto autoritario, quizás posea en el *mundo artístico* algunas posibilidades para la *negociación* –entre quien utiliza obra ajena, y quien escucha las razones del “plagiante” y permite tales usos–.

Por último, en cuanto a las *razones* del reparto (acto artístico), la justicia exige que posea una *adecuada fundamentación*, mediante la cual aquellas se legitiman. En general, como ya advirtiéramos, el artista suele manejar una pluralidad de razones, pero su especificidad hace que la *fundamentación* sea la misma obra, lo que la sociedad tiene por suficiente. El *plagio*, y en especial, fenómenos como la *intertextualidad* o el *apropiacionismo*, suelen carecer de toda *fundamentación* jurídica, y son tenidos por *ilegítimos*.

Desde otro punto, los *actos creativos* provenientes de las “industrias del entretenimiento”, producidos en otras latitudes, carecen a menudo de una *adecuada fundamentación* –sobre todo en términos de *belleza*, y en última instancia, de *humanidad*– cuando se difunden indiscriminadamente en “*el sur*” –por ejemplo, en Latinoamérica– y desplazan las manifestaciones artísticas propias de estas culturas. Se ha advertido que sus razones, casi exclusivamente utilitarias, no pueden ser tenidas como *fundadas* pues generan *empobrecimiento* de la cultura local, produciendo el riesgo –hoy cierto– de cierto “*colonialismo*” cultural⁸⁹.

Considerando ahora la justicia del *orden de repartos* –que en el caso del Derecho del Arte también deberá ser pensado con relación a la *belleza*–, el *realismo* sostiene la necesidad de construir un *régimen humanista*, en el cual el hombre sea tenido como un *fin* en sí mismo y no como un *medio*. El fundamento último ha de ser la plenitud del ser humano, el desarrollo de la exigencia de *humanidad*, a la que debería orientarse la *justicia*, pero también las de *belleza*. Cuando el régimen es ilegítimo se vuelve *totalitario* y *mediatiza* el hombre al servicio de

⁸⁹ Conf. ÁLVAREZ NAVARRETE, Lilian, “Derecho de ¿autor?...”, op. cit. Igualmente, COLOMBRES, Adolfo, “América como civilización emergente”, Bs. As., Sudamericana, 2004; GARCÍA CANCLINI, Néstor, “Por qué legislar sobre industrias culturales” en “Revista Nueva Sociedad”, N° 175, México, 2001, pág. 43

valores o propósitos superiores.

El acto creativo es, en principio, agregativo de *humanidad*, y tanto el artista como el espectador son tenidos como *fin*es. No obstante, existen ciertos desarrollos que generan *mediatizaciones*, tanto del artista autor –por ejemplo, el artista puesto a trabajar como un *medio* en servicio del *mensaje*, ideológico, político o, incluso hoy, *publicitario*⁹⁰–, como también del *espectador* –en donde el destinatario no es considerado como una *persona* digna de desarrollar, sino como un mero *agente consumidor* a conquistar⁹¹.

El *humanismo* a desarrollar implica la *protección* del individuo contra los peligros provenientes de *los demás* individuos, del propio régimen, de él mismo y de *lo demás* (enfermedad, ignorancia, soledad, etc). Los actos artísticos suelen ser importantes en la protección contra el régimen, pues el artista suele *denunciar* injusticias o desnudar el ejercicio del poder, y en este sentido desenmascara *fortaleciendo* al individuo y *debilitando* al régimen⁹². Por otro lado, en tanto el *acto artístico* es un camino para expresar las *emociones* y las *pasiones*, implica una **protección** del hombre *contra sí mismo*, y en tanto el “disfrute” del arte permite el desarrollo emocional del ser, también logra que los espectadores-destinatarios se fortalezcan contra su propio peligro y, en alguna medida, contra la *ignorancia* o la *soledad*.

Desde otro ángulo, como ya lo hemos afirmado *ut supra*, el *artista* es un *débil jurídico*, que requiere de una profunda *protección* humanista contra las amenazas que lo circundan, en particular, por

⁹⁰ En gran medida el arte de *propaganda*, hoy para la *publicidad* y el *marketing*, esconde tras la máscara de la genuina expresión artística del hombre profundos intereses *mediatizadores*. Ver, por ej., LYNCH, Enrique, “Sin sponsor no hay performance” en “Revista Ñ”, del 12-10-2013, pág. 29.

⁹¹ Importa que el *espectador* no se vuelva un *consumidor*.

⁹² Cada disciplina artística recoge muchos casos paradigmáticos, actos artísticos que *denunciaron* injusticias mientras el régimen opresor estaba vigente. Entre los muchos casos, y en orden local, pueden mencionarse las obras literarias “*Operación Masacre*”, de Rodolfo Walsh o el “*Martín Fierro*” de José Hernández; las películas “*La Patagonia rebelde*” de Héctor Olivera, “*Bolivia*”, de Adrian Caetano; varias las obras visuales como “*Civilización y Barbarie*” de León Ferrari, “*Made in Argentina*” de Ignacio Colombres; las obras “*Noche de perros*” o “*Canción de Alicia en el País*” de Charly García; etc.

ejemplo, contra las provenientes del *régimen económico* y la mercantilización del arte, las originadas por *otros individuos* –grandes empresas, o poderosos coleccionistas; incluso *falsificadores* o *plagiadores*–, o de otros fenómenos, como la “*piratería*” (aunque hay que tener en cuenta, cuándo es el *artista* el *real* perjudicado con este ilícito).

Y cabe además tomar en consideración que el sujeto destinatario –genéricamente, *espectador*– es también en muchos casos un sujeto *débil*, sobre todo indefenso frente a las amenazas del régimen vigente (económico, jurídico, e incluso, el artístico) que mutila sus posibilidades de desarrollo como un *ser* que vive en el arte.

El *humanismo* que debe afianzar el *régimen* puede ser *abstencionista* o *intervencionista* (“paternalista”), aunque en cualquier caso ha de atender a la *unicidad, igualdad y comunidad* –es decir, reconocer a los hombres como *únicos, iguales* y miembros de la *comunidad*–.

El desarrollo del arte es más pleno cuando se desenvuelve en el *abstencionismo*, en particular, por la fuerte referencia a la *libertad* de creación artística⁹³. No obstante, en ocasiones se defiende cierto *paternalismo* que permita el cabal desarrollo de las capacidades artísticas, por ejemplo, mediante la “*educación artística*”, que permite desentrañar los sentidos del arte.

V. Cierre

El Derecho del Arte debe emerger como una rama autónoma del *mundo jurídico* cuya construcción *transversal* permita atender a las exigencias de la *nueva era* que nos atraviesa⁹⁴. Hoy hemos intentado pensar los *sentidos jurídicos* de la *creatividad artística*, a partir de lo cual puede pensarse el *acto artístico creativo*. De este modo, hemos tratado de realizar un mínimo aporte para continuar construyendo el novedoso enfoque que permite el Derecho del Arte.

⁹³ Ver nota 43.

⁹⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo” en “Revista Jurídica La Ley”, diario del 04-02-2011, 2011-A, págs. 841 y ss.