

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 46 - número 103 - 2021-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones



Arte y Derecho



ABELEDOPERROT

ABELEDOPERROT



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 46 - número 103 - 2021-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Arte y Derecho

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 46 - número 103 - 2021-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Arte y Derecho



ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2021
© de esta edición, Thomson Reuters, 2021
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

All rights reserved

No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISSN 0326-7431

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO, UBA

Director:

Pedro Aberastury

Subdirector:

Pablo Luis Manili

Secretaria de Redacción:

Paula Suárez

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

Carlos Mario Clerc (UBA)

Alberto Dalla Via (UBA)

Pablo Gallegos Fedriani (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Silvia Nonna (UBA)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

María Elsa Uzal (UBA)

Leandro Vergara (UBA)

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Jean Philippe Dérosier (Université de Lille, Francia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Carla Huerta (UNAM, México)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

Colaboradores del Consejo Editorial

Carlos Mariano Liszczyński y Meneca Djedjean

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano: Alberto J. Bueres

Vicedecano: Marcelo Gebhardt

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares: Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

Consejeros Suplentes: Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina/ Alejandro Norberto Argento

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares: Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

Consejeros Suplentes: Elisa Graciela Romano / Gisela María Candarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares: Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

Consejeros Suplentes: Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

SECRETARIOS

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Daniel Pastor

Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: Marcelo Haissiner

SUBSECRETARIOS

Subsecretario Académico: Lucas G. Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario de Investigación: Emiliano J. Buis

Subsecretario Técnico en Administración: Daniel Díaz

Subsecretaria de Planeamiento Educativo: Noemí Goldsztern de Rempel

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Luis R. J. Sáenz

Secretario: Jonathan M. Brodsky

ÍNDICE
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
AÑO 46, NÚMERO 103, 2021-II, BUENOS AIRES

DOCTRINA

JOSÉ MIGUEL ONAINDIA Y ADELINA LOIANNO: Protección de la libertad de expresión artística	3
MASSIMO STERPI: La disrupción del arte: arte y tecnología en el siglo XXI	17
JUAN JAVIER NEGRI: Algunas consideraciones jurídicas en torno al arte urbano (arte callejero o <i>street art</i>)	35
FERNANDO E. JUAN LIMA: Presente y futuro del cine en Argentina. ¿Necesidad de reforma legal o cambio de prácticas?	83
LUCAS MATÍAS LEHTINEN: Las obras cinematográficas y audiovisuales: el derecho de autor ante las nuevas formas de exhibición, distribución y puesta a disposición	111
INÉS E. FAMÁ: El derecho a participar en la vida cultural. La Observación General N.º 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	135
PEDRO ABERASTURY: El acervo de los museos públicos	167

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

CARLOS MARIANO LISZCZYNSKI: Salvador Bergel y Sandra Negro (Dirs.), <i>Propiedad intelectual. Presente y futuro. Homenaje al profesor Carlos María Correa</i> , Ediar, 1º Ed. 2019, ISBN 978-9974-745-70-4	189
FLORENCIA SINGLA: <i>The Yale Law Journal - Art Law</i> , vol. 130, n.º 8, Ed. Yale University, junio de 2021	191
Apéndice. Pautas para la presentación de originales	195

INDEX
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
YEAR 46, NUMBER 103, 2021-II, BUENOS AIRES

DOCTRINE

JOSÉ MIGUEL ONAINDIA and ADELINA LOIANNO: Protection of freedom of artistic expression.....	3
MASSIMO STERPI: Art disruption: art and technology in the twenty-first century.....	17
JUAN JAVIER NEGRI: Legal considerations regarding street art (urban art)	35
FERNANDO E. JUAN LIMA: Present and future of cinema in Argentina: need for legal reform or change of practices?	83
LUCAS MATÍAS LEHTINEN: Cinematographic and audiovisual works: copyright in the face of new forms of exhibition, distribution and making available	111
INÉS E. FAMÁ: The right to take part in cultural life. General comment No. 21 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights	135
PEDRO ABERASTURY: The estate of public museums.....	167

BOOK REVIEWS

CARLOS MARIANO LISZCZYNSKI: Salvador Bergel y Sandra Negro (Dirs.), <i>Propiedad intelectual. Presente y futuro. Homenaje al profesor Carlos María Correa</i> , Ediar, 1° Ed. 2019, ISBN. 978-9974-745-70-4	189
FLORENCIA SINGLA: <i>The Yale Law Journal - Art Law</i> , vol. 130, n.º 8, Ed. Yale University, junio de 2021	191
Guidelines for the submission of articles.....	201

DOCTRINA

PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA

Por JOSÉ MIGUEL ONAINDIA * y ADELINA LOIANNO **

Resumen:

Este artículo analiza una sentencia de un tribunal uruguayo que pone en conflicto la libertad de expresión y los derechos personalísimos de los padres de una víctima de violencia de género. Los progenitores piden y logran que toda referencia que permita identificar a su hija en un texto, luego llevado al teatro, sea excluida. Sin embargo, cuando solicitan revisar la totalidad de la obra, surge la controversia sobre el alcance de las restricciones a la libertad de expresión y la prohibición de censura.

Palabras clave:

Libertad de expresión, derechos personalísimos, restricciones, censura.

PROTECTION OF FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION

Abstract:

This article analyses a ruling by a Uruguayan Court that brings into conflict the freedom of expression and the highly personal rights of the parents of a victim of gender violence. The parents requested and obtained the exclusion of any reference that would identify their daughter in a text that was later taken to the theatre. However, when they request (check) a review of the entire play, controversy arises over the scope of the restrictions on freedom of expression and the prohibition of censorship.

* Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas de la UBA y de la UCES. Director del Programa de Especialización en Derecho del Arte y Legislación Cultural de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Titular de Política y Legislación de Comunicación en la Universidad del Cine.

** Profesora de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos, UBA, UNLZamora, UCES, UAI. Coordinadora de la Especialización en Derecho Constitucional, UBA, y Sub-Directora del Curso de Perfeccionamiento en Derecho del Arte y Legislación Cultural, UBA.

Keywords:

Freedom of expression; personal rights, restrictions, censorship.

INTRODUCCIÓN

Para el constitucionalismo iberoamericano, la libertad de expresión ha sido desde sus orígenes un derecho preferido, esencial para el desarrollo de la vida democrática. Esa percepción de la importancia que tiene la libre circulación de ideas y otras expresiones humanas en la construcción de la cultura ha sido siempre la razón que justifica una especial protección frente a toda interferencia arbitraria que impida u obstaculice la comunicación de pensamientos e ideas.

La importancia de la expresión y su diversidad en la construcción de una sociedad democrática se manifiesta en el reconocimiento casi unánime de la imposibilidad de censura previa, sin perjuicio de reconocer responsabilidades cuando, ejercida esa libertad, se hubieren generado daños que deban ser reparados.

No cabe duda de que la palabra impresa fue la que permitió la expansión del conocimiento y las ideas, pero el impacto de la literatura en el desarrollo de las sociedades y su influencia en la conformación de las diferentes concepciones políticas tardaron más en ser reconocidos y, consecuentemente, aparecieron nuevas formas de cercenamiento de la libertad de expresión más sutiles que la censura: restricciones solapadas, imposición tributaria, control del papel, entre otras.

La gravitación actual de la tecnología y su influencia en los procesos masivos de comunicación no ha superado, sin embargo, el valor de la literatura como modulador de la convivencia, impulsando el cambio de paradigmas en la conformación del Estado y de las reglas de convivencia humana. El soporte ha variado, incorporando al tradicional libro de papel otras formas de transferencia de la literatura, a través del *e-book* o la web.

El teatro fue hasta comienzos del siglo XX la otra forma de transmitir pensamiento a través de la ficción representada. Luego, el cine y las formas audiovisuales que le siguieron le quitaron este privilegio de la representación de historias, pero continúa siendo un medio de expresión de impacto en la formación de opinión. Desde “El casamiento de Fígaro”, de Beaumarchais, que en la Francia prerrevolucionaria anticipó los cambios de régimen político hasta el presente, el teatro es una expresión artística que anticipa cambios y despierta debates.

El caso que presentamos se origina en la pretensión de control previo de una obra teatral inspirada en casos reales que dieron origen a la causa más importante de explotación sexual en Uruguay, denominada “Operación Océano”. Los jueces tuvieron que resolver un conflicto entre derechos humanos protegi-

dos por el ordenamiento jurídico: libertad de expresión artística versus derecho a la intimidad y reputación ¹.

1. LOS HECHOS DEL CASO

La dramaturga y directora de escena uruguaya Marianella Morena, al leer una noticia policial sobre la aparición del cadáver de una menor acaecida el 20 de marzo de 2020, comienza a seguir el caso, que le despierta su interés creativo. Ese hecho da origen a una investigación penal, a la que se pone el nombre antes indicado y en la que hay casi veinte víctimas y una treintena de acusados.

Durante un año, la dramaturga se entrevista con la fiscal de la causa, con miembros de Interpol y con víctimas y acusados, y con esos materiales crea una ficción dramática que titula “Muñecas de Piel”. El caso tiene un gran impacto mediático tanto en medios gráficos como audiovisuales, es motivo de debates y comentarios, provoca la escritura de dos ensayos realizados por periodistas y publicados por destacadas editoriales.

Cuando se anuncia el estreno definitivo de la obra, que se había pospuesto por razones sanitarias de marzo a julio, los padres de una de las víctimas —la única fallecida— deducen una acción de amparo, que tuvo por objeto impedir que se usara el nombre de la hija, pero también solicitaban leer el texto y ver un ensayo de la obra para controlar que además del nombre tampoco pudiera identificarse ningún hecho o elemento que aludiera a la víctima.

Desde el comienzo se accedió a no mencionar el nombre de la menor fallecida, pero no se accedió al control previo del material por considerarlo contrario a la garantía de la censura previa contemplada tanto en la Constitución Nacional del Uruguay como en los múltiples pactos de derechos humanos que el país ha ratificado e integran su ordenamiento jurídico.

2. LOS LÍMITES IMPRECISOS ENTRE LA REALIDAD Y LA FICCIÓN

En todas las expresiones narrativas que involucran la imaginación de sus creadores, la representación se diferencia del hecho en el que puede basarse. La ficción siempre implica una fuga de la realidad, la intención del creador de tomar un hecho como disparador de su imaginación, al que intenta dotarse de un sentido dentro de una forma de expresión que no es un ensayo histórico. La mayor o menor cercanía con la realidad es determinada por el artista, pero en cualquier caso siempre hay elementos que lo distancian del hecho en el que se funda.

¹ Caso del Tribunal Apelaciones Familia 1^oT Montevideo, República Oriental del Uruguay, septiembre de 2021. En autos caratulados: REGÁLADO, ALEJANDRA y otro c/ MORENA, MARIANELLA y otros s/ AMPARO. Ficha 2-29017/2021.

En el caso que motiva el fallo, la dramaturga, si bien parte de hechos reales, como expresamente indica la publicidad de la obra, no sigue el código del realismo: la restringe a tres actores, que no representan un personaje único, sino arquetipos de víctima, victimario y fiscal, y en este último caso se desdobra la misma actriz en otros roles dramáticos, como madre de la víctima y esposa de un acusado, entre otros. Los hechos de la escena no son reales; los textos citados como cartas o diarios son creación de la dramaturga; los elementos escenográficos no aluden a ningún escenario real, sino a elementos simbólicos sobre la explotación sexual.

La autora tiene una sólida carrera internacional con obras que parten de personajes reales, pero a los que les dio un tratamiento dramático absolutamente alejado de lo biográfico y de la ficción histórica. Desde la poetisa del novecientos Delmira Agustina, que murió asesinada por su exmarido en el cuarto de pensión donde se encontraban como amantes, hasta Elena Quinteros, maestra víctima de la dictadura militar uruguaya, una galería de mujeres relevantes del Uruguay le dieron inspiración a su obra de contenido cuestionador a la posición de inferioridad de la mujer y los valores que le dan sustento.

3. LOS DERECHOS ENFRENTADOS EN EL CASO

Los accionantes defienden en este caso la intimidad de la menor fallecida como un freno a la libertad de expresión artística de la creadora. Es interesante destacar que en primer lugar se puso en discusión en la causa si los derechos personalísimos son transmisibles, como los patrimoniales, y se extinguen con la muerte del titular. Los jueces intervinientes, si bien decidieron el fondo del asunto en igual sentido, difirieron al opinar sobre la materia.

El juez redactor del fallo del Tribunal de Apelación sostuvo que la doctrina tiende hoy a admitir que los derechos personalísimos tienen por fin proteger los intereses morales y sobreviven, como esos intereses, a la vida del causante. “¿No existe solamente una herencia patrimonial, sino que hay también una herencia moral, que aplicaría el principio de continuación de la personalidad del difunto a sus derechos? Algunos derechos subsisten y otros subsisten modificados; pero en general, se puede decir que los derechos de la personalidad sobreviven al difunto”. Y hace una salvedad: los derechos patrimoniales tienen en cuenta el interés del heredero, mientras que los derechos de la personalidad tienen en cuenta el interés del causante, en preservar su vida privada, respecto de su obra y de su nombre.

Indica con precisión el conflicto de derecho planteado en los autos entre el derecho de los padres de una niña, que ha tenido una existencia que culminó en forma trágica, a que se conserve su honor, y la libertad de expresión. Pero como en todo conflicto de derecho hay una base fáctica que condiciona su interpretación. Por las circunstancias del caso, la menor fallecida cuyos derechos se pretenden proteger mediante la acción ya es conocida por la sociedad, por lo que

la obra de teatro cuestionada no será la que vulnere su derecho al anonimato, interesante concepto que introduce el sentenciante en este momento de explosión de la exhibición de la intimidad en las redes sociales. Y destaca que basta con poner en el buscador de Google el nombre de la persona que se intenta proteger para que emerjan miles de páginas y archivos informáticos que la refieren.

También destaca que la protección del derecho al honor conculcaría en este caso la libre comunicación de pensamientos, la protección legal del trabajo intelectual, los derechos del autor, del inventor y del artista, máxime en este caso, donde la obra que se intenta prohibir o cercenar es una pieza artística que denuncia la trata y la violencia sexual.

Las obras artísticas de cualquier naturaleza son poderosas herramientas para colaborar en un proceso de concientización social de la violencia que implica la explotación sexual de niñas y niños. Cita un caso de la literatura uruguaya, “El huevo de la serpiente” (Urruzola, María, Planeta, 1992), llevada luego al cine por la directora Beatriz Flores Silva bajo el nombre “En la puta vida” (2001), que posibilitó el conocimiento del drama que sufrían mujeres uruguayas explotadas sexualmente en el extranjero.

Destaca que prohibir a través de sentencias del Poder Judicial expresiones artísticas que militan a favor de los derechos de la mujer implicaría una fuerte contradicción con el cumplimiento de los deberes asumidos por el Estado uruguayo.

4. EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE LA LIBERTAD DE PRENSA

Las Constituciones en la región tomaron originariamente en su mayoría el concepto clásico de libertad de expresión y su garantía, la prohibición de censura previa. Los primeros textos constitucionales utilizaron el término “prensa”, que abarca los diarios y las publicaciones periódicas, por ser los medios de comunicación utilizados en la época y respecto de los cuales era necesario establecer los resguardos necesarios para facilitar el acceso a la información con libertad. Es evidente que desde siempre se ha reconocido la trascendencia de la expresión libre de las ideas como elemento esencial en la formación del pensamiento crítico y el desenvolvimiento de la cultura universal.

En la Constitución argentina la referencia es simple y escueta, pero abarcativa de los tres elementos que definían a mediados del siglo XIX el derecho a la expresión libre: universalidad, soporte (restringida a la prensa escrita) y garantía (la prohibición de censura). Esa tipificación limitada fue superada por la jurisprudencia a otros canales idóneos para la transmisión de las ideas ². Cabe señalar, tratándose en este trabajo de una decisión judicial de tribunales urgu-

² Ver MANILL, Pablo L., *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters-La Ley, 2021, t. II, pp. 453 y ss.

yos, que la Constitución del país vecino es más amplia, porque no solo alude a la “prensa”, sino a “cualquier otra forma de divulgación”³.

Actualmente el significado de los vocablos “prensa” e “imprensa” ha cobrado una nueva dimensión por efecto de las nuevas tecnologías que introdujeron otros medios para la transmisión del pensamiento y las ideas: web, Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp.

Pero entre la inicial protección constitucional de la “prensa” como expresión humana hasta la incorporación de los modernos medios de comunicación, cabe preguntarnos cómo se fueron sumando otras manifestaciones de la cultura que se vinculan directamente con la expresión: el teatro, el cine, las expresiones artísticas como la pintura, la escultura, la música, la fotografía. En tal sentido, es evidente que las diferencias técnicas o el soporte no impiden reconocer igual tutela a toda manifestación de opiniones, sentimientos y creencias⁴.

No obstante, el recorrido no ha sido fácil ni exento de obstáculos. Que las diferentes expresiones de la cultura, en particular las que se relacionan con lo artístico, deben ser resguardadas bajo la poderosa garantía de la prohibición de censura, ha sido —y en algún sentido lo es aún— un espacio plagado de impedimentos, escollos y muros.

Las Constituciones, más allá de los términos empleados, no pueden ser hoy interpretadas como restrictivas de los modos y mecanismos en que se expanden las ideas y se manifiesta el pensamiento. La palabra escrita en un periódico o un libro no es más que una de las bases materiales donde pueden explayarse los sentimientos, las convicciones, las valoraciones, los juicios, las propuestas y críticas en una sociedad plural y diversa.

En ello no parece haber grandes diferencias conceptuales, pero a la hora de evaluar si alguna de esas modalidades de expresión excede los límites compatibles con el marco constitucional y establecer en consecuencia responsabilidades ulteriores, aparecen los mitos, los prejuicios, las restricciones o las sanciones justificadas en supuestas competencias del Estado para resguardar la moral, las buenas costumbres o el orden público⁵.

³ Art. 14 de la Constitución Argentina: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos [...] de publicar libremente sus ideas por la prensa sin censura previa [...]” Art. 29 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay: “Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren”.

⁴ BADENI, Gregorio, *Libertad de Prensa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 41; MANILI, Pablo L., op. cit., pp. 455 y ss. y citas jurisprudenciales; CAYUSO, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2021 pp. 112 y ss.; ONAINDIA, José M. y SABSAY, Daniel A., *La Constitución de los Argentinos*, Buenos Aires Errepar, 2009, pp. 51 y ss.

⁵ Como ejemplo, dos casos, en Argentina: “Asociación Cristo Sacerdote y otras c/ gobierno de la CABA” (Caso León Ferrari) 27 de diciembre de 2004 Cámara en lo Contencioso Administrativo de la CABA; “Servini de Cubría María Romilda s/ Amparo”, CSJN 8 de diciembre de 1992.

5. LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

La regulación de la libertad de expresión en el derecho interno de los Estados no ha sido uniforme y en la actualidad se observan diferencias sustanciales, provocadas tanto por las asimetrías constitucionales como por el diverso nivel de acatamiento de los principios contenidos en los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales.

El sistema de garantías de la libertad de expresión se sustentó básicamente en la prohibición de censura previa, pero sin desconocer responsabilidades ulteriores en caso de haberse producido daños a terceros o a la sociedad. El constitucionalismo clásico en general no avanzó más, salvo algunas precisiones sobre dichas responsabilidades a partir de mediados del siglo XX, con las reformas más proclives al denominado *constitucionalismo social*.

El derecho internacional, por el contrario, fue más allá y en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (1948) se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio” (art. IV). La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 18, dice: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Es decir que los dos instrumentos internacionales preanuncian la regulación internacional, si bien como “Declaraciones” destacan que la protección no distingue cuál es el medio de transmisión del pensamiento y las ideas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, casi veinte años después, toma el mismo rumbo y dispone:

“... Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección” (art. 19.2).

Pero precisa que ese ejercicio:

“[E]ntraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás. b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Se evidencia una evolución que supera las dudas sobre el alcance del derecho y la medida de las responsabilidades, a saber:

a. La libertad de expresión comprende el derecho a buscar, recibir y difundir.

b. Pueden ser informaciones o ideas de toda índole.

c. Sin consideración de fronteras.

d. Oralmente, por escrito, en forma impresa o artística.

- e. O por cualquier otro procedimiento a elección del emisor.
- f. Las restricciones deben ser expresamente formuladas por ley.
- g. Necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de terceros.
- h. Necesarias para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) reproduce ese texto y agrega que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores” (art. 13.2), lo que resulta más específico que el art. 19.1 del PIDCP, que solo indica: “Nadie puede ser molestado a causa de sus opiniones”. En otras palabras, la prohibición de censura se consolida en el Tratado regional con una clara prohibición, sin perjuicio de reconocer responsabilidades ulteriores y restricciones solo para proteger la moral de la infancia y la adolescencia en los espectáculos públicos (art. 13.4, CADH). Cabe señalar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) omite toda consideración a la censura ⁶.

La normativa internacional coincide en señalar que las responsabilidades deben estar expresadas en una ley, excluyendo toda posibilidad de reglamentación por vía de otros documentos o decisiones emanadas de órganos ajenos a la función legislativa. El art. 30 de la CADH es contundente al expresar que toda restricción de derechos solo puede establecerse por ley ⁷. Asimismo, respecto a qué debe entenderse por ley, a través de la Opinión Consultiva 6/86 dispuso la Corte IDH: “... las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo” ⁸.

⁶ CEDH, art. 10 “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la parcialidad del poder judicial.

⁷ CADH, art. 30 “Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 6/86 “La expresión leyes en el art. 30 de la CADH” 9 de mayo de 1986 solicitada por la República Oriental del Uruguay, párr. 35. En el párrafo 36 se acepta la delegación legislativa en estos términos “Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de

La protección de la libertad de expresión, como vemos, parece estar suficientemente asegurada en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) por la prohibición de censura y por límites estrictos cuando se establezcan responsabilidades una vez expuestas las ideas por cualquier medio.

La censura es la restricción más grave, porque implica toda forma de control o prohibición previa o posterior a la emisión del pensamiento y anula definitivamente la expresión, cualquiera sea el medio empleado, la cantidad o calidad de los receptores. La variedad de medidas que pueden provocar ese efecto anulatorio pleno va desde la mera prohibición hasta otras formas más sofisticadas, pero con igual resultado cancelatorio.

Respecto de las responsabilidades ulteriores, son varios los supuestos. Entre ellos, la afectación de los derechos de terceros ha sido preservada en todos los textos convencionales, lo cual resulta totalmente razonable, porque quien ejerce su libertad de expresarse debe responder ante quien se sintiere perjudicado por tales afirmaciones. Pero no resulta tan evidente la eficacia de la tutela en los casos en que la afectación lo sea al *orden público, la moral pública o las buenas costumbres*, términos vagos y ambiguos si los hay y que, por otra parte, han sido y son la justificación de la mayoría de las violaciones a la libertad de expresión. Estos supuestos *intereses superiores* pueden resultar tan arbitrarios, autoritarios u opresivos como la propia censura ⁹.

Incluso la prohibición de censura requiere actualmente de una comprensión amplia del concepto que no se restringe únicamente a la *etapa previa* a la emisión de la expresión, porque se manifiesta de modo más sutil, como ser a través de los controles al papel, la imposición tributaria a los enseres necesarios para las emisiones radiales y televisivas, la adjudicación arbitraria o selectiva de pauta oficial, la distribución de señales u ondas radioeléctricas o los controles excesivos sobre los medios electrónicos, las restricciones discrecionales a la exhibición cinematográfica o teatral, entre muchas otras ¹⁰. Estos mecanismos de intervención en etapas previas o posteriores a la manifestación de ideas, opiniones o pensamientos, se identifican también con la censura en la medida en que supriman o neutralicen definitivamente el derecho a *buscar, difundir y recibir informaciones e ideas de toda índole*.

manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.

⁹ “¿Seguridad nacional según quién? [...] ¿Orden público entendido cómo? [...] ¿Moral pública rondada por quién? ¿Cuáles son sus guardianes? [...]” (LOZANO RAMÍREZ, Juan, “Límites y controles a la libertad de expresión” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, IIDH y fundación Ford, Costa Rica, 2000, p. 252).

¹⁰ Denominados *vías o medios indirectos* por el art. 13 inc. 3 CADH. Ver Corte IDH, *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 367, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 161.

6. LA DOCTRINA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el ámbito interamericano es necesario completar el marco interpretativo del art. 13, CADH, con dos Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la Opinión Consultiva 5/85, la Corte IDH se refirió a las dos dimensiones de la libertad de expresión:

“En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”, y “En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos”¹¹.

A su vez, en la OC 7/86, la Corte IDH analizó el derecho de rectificación o respuesta regulado en el art. 14 de la CADH. Entre otras consideraciones sobre la reglamentación de la réplica se refirió a las obligaciones del Estado en estos términos:

“[L]os Estados partes están obligados a asegurar el goce de las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades, incluidos los derechos a la protección judicial y a los recursos legales (arts. 8º y 25 de la Convención)”¹².

En el ejercicio de la función contenciosa, la Corte IDH ha elaborado progresivamente varios estándares que definen convencionalmente la libertad de pensamiento y expresión, integrando a través de tales criterios jurisprudenciales —juntamente con la normativa internacional— el *corpus iuris* interamericano.

La primera sentencia relativa a la libertad de expresión fue “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos) vs. Chile”, en febrero de 2001. El caso trata sobre la responsabilidad internacional del Estado debido a la censura impuesta a la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, por parte del Consejo de Calificación Cinematográfica. Se estableció la responsabilidad del Estado y se sostuvo: “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que esta esté suficientemente informada”¹³.

¹¹ Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la CADH)*, Solicitada por la República de Costa Rica, 13 de noviembre de 1985. Párr. 31 y 32 conjuntamente con la normativa internacional, respectivamente.

¹² Corte IDH, Opinión consultiva 7/86, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 29 de agosto de 1986, Serie A Nro. 7, párr. 33.

¹³ Corte IDH, *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 63.

La mayoría de las sentencias relativas a la libertad de expresión corresponden a la labor periodística individual y de los medios de comunicación ¹⁴.

No obstante, en varias sentencias, la Corte IDH se ha pronunciado sobre el contenido de libros u otras publicaciones no periodísticas, reafirmando la tutela de la expresión cualquiera sea el soporte. Ha dicho la Corte IDH:

“A pesar de que el libro se encontraba editado y que el señor Palamara Iribarne contaba con casi 1000 ejemplares y con panfletos de promoción, no pudo ser efectivamente difundido mediante su distribución en las librerías o comercios de Chile y, por consiguiente, el público no tuvo la opción de adquirir un ejemplar y acceder a su contenido”.

Entre los argumentos, destacó el Tribunal la necesidad de establecer equilibrios para evitar que las restricciones a la libertad de expresión signifiquen “...una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática...” ¹⁵.

En relación con la afectación de los derechos de terceros, especialmente la honra o la dignidad, hay escasos pronunciamientos, pero siempre ponderando el equilibrio entre ese derecho personalísimo y la libertad de expresión: “... tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, derechos ambos protegidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo cual es necesario garantizar ambos derechos, de forma que coexistan de manera armoniosa” ¹⁶. En el mismo sentido, y sobre el contenido del libro “La Masacre de San Patricio”, expresó el Tribunal:

“[L]a razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho [libertad de expresión], por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos

¹⁴ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293; *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238; *Caso Carvajal Dánico y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352.

¹⁵ Corte IDH, *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135 párr. 74 y 88.

¹⁶ Corte IDH *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 103. También en *Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207; *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248; *Caso Carvajal Usan y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352; *Caso Mémoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.

bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido ¹⁷. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención” ¹⁸.

Resumiendo los estándares desarrollados sucesivamente por la Corte IDH, se evidencia que en la opinión del Tribunal la libertad de expresión no puede sacrificarse en aras de proteger la honra o la dignidad, sin ponderar minuciosamente el efecto que toda restricción a la circulación de ideas pueda tener en una sociedad democrática.

7. LA SOLUCIÓN JUDICIAL Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La solución otorgada al caso por la justicia uruguaya, más allá de los fundamentos disímiles que tuvieron los jueces intervinientes, sopesó con rigor los derechos en juego y los estándares internacionales, destacando la necesidad de la defensa de la libertad de expresión artística como un requisito básico para la eficaz protección de los derechos humanos.

La expresión artística como fruto complejo de la inteligencia humana no solo no puede cercenarse en forma previa, sino que históricamente ha sido un poderoso instrumento generador de conciencia respecto de las injusticias y desigualdades. La garantía contra la censura previa no solo protege a quien se expresa, sino a toda la sociedad, que necesita la libre circulación de pensamiento para la efectiva existencia de un Estado democrático.

Frente al panorama actual, donde, en defensa de buenas causas, se plantean posiciones extremas que tienden a uniformar la expresión, es necesario que los jueces estén alertas para resolver de acuerdo con el complejo entramado de derechos cada caso concreto. La pluralidad de opinión y la diversidad cultural son valores básicos de nuestro ordenamiento jurídico y de una democracia del siglo XXI.

La principal norma de derecho internacional adoptada por la UNESCO durante el presente siglo es la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales (2005), que tiene por objeto que los Estados ratificantes asuman el compromiso de impulsar medidas que protejan las diferencias de expresión en todos los ámbitos de expresión humana.

La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión es fuente de conflicto permanente, pero debe destacarse que según la normativa vigente no

¹⁷ Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 77.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 112.

admite el control previo de los materiales y a lo sumo solo el juzgamiento de las responsabilidades ulteriores, como claramente lo establece el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

CONCLUSIONES

La crisis sanitaria y el confinamiento derivado de ella han traído como consecuencia el resurgimiento de corrientes intolerantes en muchos países del mundo. Mientras en Uruguay se suscitaba el caso referido en este artículo, en la Argentina se producía una queja en igual sentido por una agrupación religiosa respecto de los contenidos de la miniserie “El Reino”, y en la actualidad se debate también sobre una ópera representada en el Teatro Colón de Buenos Aires.

Pareciera que hay un clima de época que se ensaña nuevamente contra la expresión artística e intenta, como antaño hicieran los autoritarismos imperantes, poner límites a la creación y difusión de las ideas. Las sentencias como las que hemos comentado ayudan a abrigar esperanzas en los instrumentos jurídicos vigentes para poner freno a cualquier rebrote autoritario y defender el ejercicio pleno de la libertad de pensamiento y expresión.

BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1991.
- CAYUSO, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters-La Ley, 2021.
- LOZANO RAMÍREZ, Juan, “Límites y controles a la libertad de expresión”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, Costa Rica, Ed. IIDH y Fundación Ford, 2000.
- MANILI, Pablo L., *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters-La Ley, 2021.
- ONAINDIA, José M. – SABSAY, Daniel A., *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, Ed. Errepar, 2009.

Recepción: 14/10/2021

Aceptación: 18/10/2021

LA DISRUPCIÓN DEL ARTE: ARTE Y TECNOLOGÍA EN EL SIGLO XXI *

Por MASSIMO STERPI **

Resumen:

El arte y la tecnología son dos formas en las que el ser humano expresa su creatividad y sus relaciones son constantes y fructíferas. El ejemplo más reciente es el impacto que las llamadas tecnologías disruptivas están teniendo en las formas de crear, disfrutar y comerciar el arte. Este breve ensayo examina una serie de ejemplos de artistas o empresas que han utilizado la inteligencia artificial, los contratos inteligentes, la blockchain, la realidad aumentada o la realidad virtual en su actividad relacionada con el arte, destacando también las nuevas cuestiones jurídicas que pueden surgir.

Palabras clave:

Arte, inteligencia artificial, blockchain, contratos inteligentes, NFT, redes neuronales, impresiones 3D, tokenización.

* Publicado originalmente en inglés el 11/01/2021 en la Revista *The Law Reviews*, edición “The Art Law Reviews”. Esta publicación se realiza con la amable autorización del autor. <https://thelawreviews.co.uk/title/the-art-law-review/art-disruption-art-and-technology-in-the-twenty-first-century>.

** Licenciado *cum laude* en Derecho por la Universidad de Turín —Italia— y diploma de posgrado en “Derecho de derechos de autor y derechos conexos del Reino Unido y la CE” en el King’s College de Londres. En 2011, la revista *Top Legal* le otorgó el prestigioso premio “Abogado del año en el sector de la propiedad intelectual” y en 2021 el premio “Abogado del año en el sector del Derecho del Arte”. Representante italiano del consejo editorial del “European Copyright and Design Report”, Miembro del Consejo Asesor de la Colección Peggy Guggenheim en Venecia, del Consejo de Administración de la Fundación Prada, del Consejo de Administración de la Fundación Friends de MAXXI de EE.UU. y del Consejo de Relaciones Italia-EE.UU.

ART DISRUPTION: ART AND TECHNOLOGY IN THE TWENTY-FIRST CENTURY

Abstract:

Art and technology are two ways through which humans express their creativity and their relations are constant and fruitful. The most recent example is the impact that the so-called disruptive technologies are having on the ways art is created, enjoyed and traded. This short essay examines a number of example of artists or business that have used artificial intelligence, smart contracts, blockchain, augmented reality or virtual reality in their art related activity, also highlighting the new legal issues that this may arise.

Key words:

Art, artificial intelligence, blockchain, smart contract, NFT, neural networks, 3D printing, tokenization.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, el concepto de arte está evolucionando a una velocidad extraordinaria y exponencial, y el impacto de la tecnología sobre el arte está cambiando, completamente, los conceptos de creación, distribución y propiedad de las obras de arte.

Los artistas estuvieron entre los primeros en experimentar con “tecnologías disruptivas”, a veces incluso delegando la mayor parte del proceso creativo a la inteligencia artificial (IA) o creando sujetos artísticos autónomos capaces de replicarse a sí mismos basándose en la *blockchain* y los contratos inteligentes. Al mismo tiempo, las nuevas tecnologías también impactan en la forma en que el arte se disemina y comercializa, desde la “tokenización” de las obras de arte hasta la creación de criptomonedas basadas en el arte.

Este artículo presenta un amplio análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el arte. Está dividido en dos partes principales: la creación de obras de arte y los nuevos servicios vinculados con el mercado del arte.

1. CREACIÓN

Cabe señalar, en primer lugar, con respecto a la relación entre el arte y la tecnología, que la palabra griega *téchne* indicaba tanto el concepto de arte como el de tecnología. En nuestra época, en cambio, distinguimos la “creatividad artística”, que tiene principalmente un valor simbólico y comunicacional, de la “creatividad técnica”, cuyo propósito es el de resolver problemas funcionales. Sin embargo, en ambos casos hay un acto creativo en el origen. Hoy en día esta

diferencia está desapareciendo ante la abrumadora entrada, utilización y explotación de la tecnología en el proceso de creación artística, así como en la distribución de las obras, volviéndose así a un significado más unitario de *téchne*.

1.1. Blockchain y contratos inteligentes

Para explicar cómo la tecnología *blockchain* puede contribuir a la creación de arte, discutiremos una obra de arte concebida por Primavera De Filippi ¹, una científica de *software* convertida en artista (y que no es la única, como se comentará más adelante).

Su proyecto artístico *Plantoid* fue concebido con el objetivo de mostrar el potencial de la tecnología para crear formas de vida basadas en *blockchain*, es decir, entidades algorítmicas independientes capaces de mantenerse y reproducirse a sí mismas, de forma autónoma, sin intervención humana.

¿Cómo funciona *Plantoid*? ² Se compone de esculturas metálicas y de un *software* incrustado directamente en una *blockchain* (generando una organización autónoma dispersa). Más específicamente, *Plantoid* está formado por una serie de esculturas metálicas con formas vegetales, caracterizadas por estructuras individuales y diferenciadas de ADN (por ejemplo, con reglas relativas a su forma y al modo de relacionarse con los futuros donantes), asociadas a un monedero digital único que acepta donaciones de criptomonedas del público. Cada *plantoid* agradece cada una de las donaciones recibidas moviéndose y emitiendo sonidos y luces, como una especie de danza mecánica. Alcanzada una cantidad predeterminada de dinero en el monedero digital asociado a un *plantoid* específico, un contrato inteligente registrado en el sistema *blockchain* lanza automáticamente un concurso para diseñar un nuevo *plantoid*, diferente pero basado en el mismo ADN básico. Entre todos los proyectos recibidos de los diseñadores (todavía personas humanas), los donantes (cual abejas) seleccionan el proyecto ganador enviando pequeñas sumas de dinero al proyecto preferido. El diseñador ganador recibe esa suma en una criptomoneda a través de un contrato inteligente y puede entonces crear un nuevo *plantoid*, y así sucesivamente. De este modo, *Plantoid* es un sistema autónomo que podría invadir el planeta con un número potencialmente infinito de *vegetaloides*.

Otro ejemplo de proyecto artístico conceptual basado en la tecnología *blockchain* es el experimento *Scarab*, cuyo objetivo es crear un colectivo de artistas vinculados por medio de una única criptomoneda, denominada *Scarab* ³. Para cada proyecto *Scarab*, miles de personas presentan una o más obras de

¹ Primavera De Filippi es investigadora permanente en el Centro Nacional de Investigación Científica de París, profesora asociada en el Berkman Klein Center for Internet & Society de la Universidad de Harvard y profesora visitante en el Centro Robert Schuman de Estudios Avanzados del Instituto Universitario Europeo.

² Véase www.okhaos.com/plantoids/.

³ Véase www.thescarabexperiment.org/.

arte y reciben a cambio un *token Scarab*. Quienes lo reciben pueden votar para elegir cuál de las obras recibidas será combinada con una inteligencia artificial (IA), encargada de manipular digitalmente las diversas imágenes para crear una sola. En este ejemplo, miles de personas son coautoras, junto con la IA, de la obra final ⁴, creando así un nuevo tipo de *crowd-creation* (“creación multitudinaria”) en el que los humanos y la inteligencia artificial trabajan juntos.

Por último, la tecnología *blockchain* ha atraído recientemente la atención del famoso artista chino Ai Weiwei, quien se asoció con el irlandés-estadounidense Kevin Abosch para crear una obra, llamada *Priceless*, basada en *blockchain* ⁵. *Priceless* está formada por dos *tokens* estándar ERC-20 en la cadena *blockchain* denominada *Ethereum* bajo el nombre PRCLS, que funciona de la siguiente manera:

“Uno de los *tokens* es absolutamente indisponible, mientras que el otro es divisible hasta en 18 decimales. De él se van a regalar porciones de una quintilésima parte, de forma gratuita. Esto sería suficiente para que cada habitante del planeta pudiera recibir una. Una pequeña porción del *token* divisible se colocó en doce monederos digitales inaccesibles; los códigos de esos monederos se imprimieron en papel y fueron vendidos entre coleccionistas de arte. Cada código representa un instante temporal de la vida de Ai Weiwei compartido con Abosch, por ejemplo, mientras caminan por una calle de Berlín, donde vive Ai. Los trozos de papel no tienen prácticamente ningún valor, pero los códigos reflejan una experiencia humana fugaz y remiten a un *token* sin valor, pero inapreciable” ⁶.

1.2. IA y creación algorítmica

Otros ejemplos de creación mediante la IA, o con su apoyo, son tres proyectos diferentes: *The Next Rembrandt*, las obras del colectivo artístico francés *Obvious* y las colaboraciones entre Ahmed Elgammal y AICAN ⁷.

El primer ejemplo, *The Next Rembrandt*, fue concebido por la agencia de publicidad J. Walter Thompson y encargado por el banco ING. Se basa en un estudio de todas las obras de arte creadas por Rembrandt ⁸; en particular,

⁴ “SCARAB no está vinculado a una obra de arte física o a un objeto digital porque la propia criptomoneda es la obra de arte, elegida por el artista para ser, actuar y representar el término lingüístico de lo que es una obra de arte” (www.thescarabexperiment.org).

⁵ PEARSON, Jordan, “Artists Ai Weiwei and Kevin Abosch Are Using the Blockchain to Make Us Question What’s ‘PRICELESS’”, disponible en www.vice.com/en/article/qvmm9m/ai-weiwei-kevin-abosch-blockchain-art-priceless (Consultado el 18/08/2021).

⁶ BURROWS, Victoria, “How cryptocurrency is upending the way art is priced and sold”, disponible en www.thepeakmagazine.com.sg/lifestyle/cryptocurrency-prices-artwork-maecenas-dadiani-syndicate/ (Consultado el 18/08/2021).

⁷ Por sus siglas en inglés de “Red Adversarial Creativa de Inteligencia Artificial” (*Artificial Intelligence Creative Adversarial Network*).

⁸ Véase www.nextrembrandt.com.

se recogieron todos los datos relacionados con esas obras en un programa informático para así poder analizar los principales rasgos distintivos del artista (por ejemplo, las pinceladas, los temas elegidos y la forma de alternar luces y sombras). A partir de los patrones que surgieron de dicho análisis, un algoritmo de IA creó una obra de arte nueva y totalmente original, al estilo de Rembrandt. A continuación, la obra se imprimió en un lienzo mediante una impresora 3D, programada para liberar una cantidad de tinta adecuada para recrear, incluso en términos de espesor, el mismo efecto de las obras de Rembrandt ⁹.

El segundo ejemplo es la obra “El retrato de Edmond Belamy”, creada por un colectivo francés de artistas llamado *Obvious*, partiendo de 15.000 retratos que datan del período comprendido entre los siglos XIV y XX y utilizando una red generativa antagonista (GAN) ¹⁰. Una GAN es un par de redes neuronales: la primera, que se denomina generador, mezcla aleatoriamente todas las imágenes almacenadas en su memoria y crea combinaciones aleatorias; la segunda, que se denomina discriminador, selecciona los resultados aleatorios producidos por el generador. Los que no responden al patrón recurrente identificado en las imágenes originales son descartados por el discriminador (que intenta reproducir el juicio humano), de acuerdo con cuán plausible sería que fueran creadas por artistas de carne y hueso. “El retrato de Edmond Belamy”, uno de una edición de 10, se subastó en Christie’s en Nueva York el 25 de octubre de 2018, y se vendió por 432.500 dólares (partiendo de una estimación de entre 7.000 y 10.000 dólares); fue la primera obra de arte de IA que se vendió por medio de una gran casa de subastas.

El uso de GAN genera considerables problemas en cuanto a la autoría; por ejemplo, ¿quién es el autor de “El retrato de Edmond de Belamy”? El algoritmo básico que hace funcionar el GAN fue desarrollado por Ian Goodfellow (cuyo nombre se evoca en el apellido Belamy dado al personaje imaginario retratado en el cuadro) ¹¹, mientras que un segundo programador —Robbie Barrat— estableció los parámetros utilizados por los algoritmos y cargó los 15.000 retratos antiguos en la memoria del GAN, poniéndolos a disposición en línea para ser utilizados libremente por cualquiera. A partir de ahí, *Obvious* modificó ligeramente el *software* y generó una serie de retratos que parecen pertenecer

⁹ Los creadores del proyecto describieron los procedimientos operativos afirmando: “Examinamos toda la colección de obras de Rembrandt, estudiando el contenido de sus cuadros píxel a píxel. Para obtener estos datos, analizamos una amplia gama de materiales, como escaneos en 3D de alta resolución y archivos digitales, que fueron escalados por algoritmos de aprendizaje profundo para maximizar la resolución y la calidad. Esta amplia base de datos se utilizó como fundamento para crear *The Next Rembrandt*” (www.nextrembrandt.com).

¹⁰ *Obvious* es un colectivo de investigadores, artistas y amigos que trabajan con los últimos modelos de aprendizaje profundo para explorar el potencial creativo de la inteligencia artificial. Están detrás de la venta de la primera obra de arte de IA que pasa por una gran casa de subastas. Utilizan su trabajo para compartir su visión de la inteligencia artificial y su aplicación en nuestra sociedad” (www.obvious-art.com/).

¹¹ *Goodfellow* (“buen amigo”) traducido como *bel amie* en francés.

a la misma familia (denominada “la familia Belamy”). Por último, *Obvious* imprimió las imágenes seleccionadas sobre lienzos, les puso títulos y decidió firmarlas con una parte del algoritmo creado por Ian Goodfellow, simbolizando la firma de la IA en la base de todo el proceso. En este caso, ¿quién es el autor de la pintura? ¿El algoritmo básico (como pretende la firma)? ¿El individuo que estableció los parámetros y alimentó el algoritmo con imágenes? ¿*Obvious*, que eligió las imágenes para imprimir, las firmó y les puso un título? ¿O una combinación de todos ellos? ¹²

Algunos críticos sostienen que esta creación de *Obvious* no es más que una reinterpretación del concepto de *objet trouvé* o de los *ready mades* de Marcel Duchamp o, brillantemente, que “El retrato de Edmond Belamy” podría denominarse “el resultado del aprendizaje de una máquina equivalente a un orinal sobre un soporte” ¹³. En otras palabras, la obra creada por un GAN no sería más que un mero objeto material que se transforma en obra de arte al darle un título, firmarlo e introducirlo en el circuito del arte ¹⁴. Al fin y al cabo, en el arte conceptual, la obra de arte no es el artefacto en sí, sino la acción artística con la que el autor convierte un objeto en arte, al igual que Marcel Duchamp cuando tomó un orinal de porcelana, lo llamó “Fuente”, lo firmó con el seudónimo de “R. Mutt”, y luego lo exhibió en un museo.

Más aún: a principios de 2019, la *HG Contemporary Gallery* de Nueva York presentó una serie de pinturas en una exposición titulada “*Faceless Portraits Transcending Time*” (“Retratos sin rostro que trascienden el tiempo”) ¹⁵, en la que las obras expuestas se presentaban como una colaboración entre una IA (AICAN) y su creador, el Dr. Ahmed Elgammal, otro profesor de informática convertido en artista ¹⁶.

Las obras se basaban en un conjunto de 3.000 retratos renacentistas. A diferencia de *Obvious*, Elgammal utilizó una red antagonista creativa (CAN) y no

¹² Para un análisis sobre las implicaciones de la propiedad intelectual de “El Retrato de Edmond Belamy”, véase www.ipkitten.blogspot.com y www.moc.media/en/2527. Uno de los cofundadores del colectivo *Obvious*, Hugo Caselles-Dupré, también afirma lo siguiente: “si el artista es quien crea la imagen, entonces sería la máquina. Si el artista es quien tiene la visión y quiere compartir el mensaje, entonces seríamos nosotros” (véase <https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx>).

¹³ BOGOST, Ian, “The AI-Art gold rush is here”, disponible en www.theatlantic.com/technology/archive/2019/03/ai-created-art-invades-chelsea-gallery-scene/584134/ (Consultado el 18/08/2021).

¹⁴ Como comentó Mario Klingemann, un artista alemán que ha ganado premios por su propio trabajo con GANs, “me pregunto por qué [*Obvious*] perdió la oportunidad de declarar su trabajo como un ready-made de la IA y traernos el primer Duchamp digital”.

¹⁵ Véase www.hgcontemporary.com/exhibitions/faceless-portraits-transcending-time.

¹⁶ El Dr. Ahmed Elgammal es profesor del Departamento de Informática de la Universidad de Rutgers. Es fundador y director del Laboratorio de Arte e Inteligencia Artificial de Rutgers. También es profesor del Consejo Ejecutivo del Centro de Ciencias Cognitivas de la Universidad de Rutgers. Elgammal es fundador y director general de Artrendex, una empresa emergente que construye tecnología innovadora de IA para el mercado del arte.

una GAN (en las etiquetas de la exposición, los cuadros se definían como “red antagonista creativa impresa”): Elgammal explicó que una CAN se compone de un generador (el mismo que en una GAN) y de una segunda red neuronal (que podemos llamar “giratoria”), que no se limita a juzgar si los resultados se ajustan al patrón detectado en los datos iniciales (como el discriminador de las GAN), sino que premia la adición de nuevos elementos (desviaciones) dentro de un estilo determinado ¹⁷. De esta forma, la CAN reproduce la evolución natural del arte, que normalmente no procede por cambios radicales, sino a través de pequeñas alteraciones de un estilo preexistente ¹⁸.

Tras los mencionados trabajos pioneros de *Obvious* y Ahmed Elgammal, se ha iniciado todo un movimiento artístico denominado “Arte Generativo”. La página inicial de su sitio web insignia afirma:

“El arte generativo es un proceso de generación algorítmica de nuevas ideas, formas, colores o patrones. En primer lugar, se crean reglas que establecen los límites del proceso de creación. A continuación, un ordenador (o, menos comúnmente, un humano) sigue esas reglas para producir nuevas obras. A diferencia de los artistas tradicionales, que pueden pasar días o incluso meses explorando una idea, los artistas de código generativo utilizan ordenadores para generar miles de ideas en milisegundos. Los artistas generativos aprovechan la moderna capacidad de procesamiento para inventar nuevas estéticas, dando instrucciones a los programas para que se ejecuten dentro de un conjunto de restricciones artísticas y guiando el proceso hacia un resultado deseado” ¹⁹.

Así pues, las redes neuronales, las GAN y las CAN se han convertido rápidamente en una nueva adición a la caja de herramientas del artista del siglo XXI, pero la gente sigue pasando por alto sus resultados.

1.3. Arte y derecho en la era digital

¿Existe una noción jurídica de lo que es una obra de arte? Mientras que en muchas jurisdicciones las obras de arte se definen por el soporte al que se incorporan (pinturas, grabados, esculturas), en otras —incluida Italia— este concepto se deja abierto y se define, generalmente, por referencia a lo que se reconoce como tal en los ámbitos pertinentes, aunque este enfoque no siempre es constante.

¹⁷ El CAN se describe en un artículo de 2017 de Ahmed Elgammal: “el sistema genera arte mirando el arte y aprendiendo sobre el estilo; y se vuelve creativo aumentando el potencial de excitación del arte generado al desviarse de los estilos aprendidos” (ELGAMMAL, Ahmed; ELHOSEINY, Mohamed; LIU, Bingchen y MAZZONE, Marian, “CAN: Creative Adversarial Networks, Generating ‘Art’ by Learning About Styles and Deviating from Style Norms”, disponible en www.researchgate.net/publication/317823071_CAN (Consultado el 18/08/2021)).

¹⁸ THOUTT, Zack, “What are Creative Adversarial Networks (CANs)?”, disponible en <https://hackernoon.com/what-are-creative-adversarial-networks-cans-bb81d09aa235> (Consultado el 18/08/2021).

¹⁹ Véase <https://aiartists.org/generative-art-design>.

El gran crecimiento de las distintas formas de expresión, la extrema variabilidad del enfoque de los temas artísticos y, últimamente, la inclusión de tecnologías disruptivas en el proceso creativo siguen creando muchos problemas de interpretación.

Casi un siglo después del caso “Brancusi c. Estados Unidos”²⁰ —en el que el Tribunal de Aduanas consideró que “aunque no se parecía a un pájaro”, la escultura de Brancusi “Pájaro en el espacio” era “bella y de contorno simétrico” y, teniendo en cuenta la aparición del abstraccionismo, podía ser calificada como obra de arte y estar exenta de derechos de aduana—²¹, un nuevo caso de derecho fiscal relativo al arte creado con tecnologías disruptivas está adoptando un enfoque mucho menos progresista. Un artista solicitó a las autoridades fiscales italianas una resolución oficial para aplicar la alícuota reducida del IVA, reservada a las obras de arte vendidas directamente por sus creadores (10%), en lugar de la alícuota general del IVA (22%). Informó que había creado digitalmente algunas esculturas en su ordenador, las imprimió con una impresora 3D y luego las finalizó a mano. La ley italiana, para la aplicación de la alícuota reducida, define las obras de arte, en lo que respecta a las esculturas, como “obras originales de arte estatuario o escultórico, de cualquier material, siempre que sean realizadas íntegramente por el artista; vaciados de esculturas con una edición limitada de ocho ejemplares, controlados por el artista o por sus derechohabientes ...”²². Las autoridades fiscales respondieron que, a los efectos fiscales, estas esculturas no pueden considerarse obras de arte, ya que no estaban “realizadas íntegramente por el artista” (porque su intervención personal era residual y se limitaba a la pintura final de la escultura) ni formaban parte de una edición de menos de ocho esculturas fundidas²³. Esta decisión de la autoridad fiscal italiana podría criticarse de diversas maneras, pero, principalmente, en la interpretación del concepto de “hecho enteramente por el artista”: este concepto, en realidad, debe actualizarse teniendo en cuenta las herramientas tecnológicas (como el diseño CAD o la impresión 3D) que ahora están a disposición de los artistas. Por lo tanto, mientras que en el pasado se utilizaban herramientas como pinceles o cinceles, ahora se utilizan programas informáticos, algoritmos e impresoras 3D, pero esto no debería suponer ninguna diferencia, siempre que los artistas tengan control sobre esas herramientas (como en el caso mencionado). Además, no se puede ignorar que el mercado del arte está validando estas nuevas formas de expresión artística, como, por ejemplo, en la mencionada venta de “El retrato

²⁰ Brancusi v. United States, 54 Treas. Dec. 428, 429 (Cust. Ct. 1928).

²¹ Véase www.thelegalpalette.com/home/2018/3/20/brancusi-bird-in-space-is-it-a-bird-or-is-it-art#:~:text=In%20the%201928%20case%20Brancusi,for%20the%20free%20import%20duty.&text=United%20States%20to%20transform%20the,into%20a%20more%20contemporary%20standard.

²² Decreto ley 41/1995.

²³ Véase www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/2665720/Risposta+all%27interpello+n.+303+del+2020.pdf/907a73a3-a850-4849-8907-4630065901b5.

de Edmond Belamy” en *Christie’s* o con la organización de la feria de arte contemporáneo y digital que tuvo lugar en Nueva York y que se centró en “mostrar la diversidad de los medios artísticos digitales, incluyendo la instalación inmersiva, el videoarte, la realidad virtual, los experimentos creativos basados en *blockchain* y mucho más”²⁴.

2. MERCADO DEL ARTE POS-COVID

Si bien la transición digital del mercado del arte se viene produciendo desde hace unos años, los confinamientos impuestos por la pandemia de coronavirus la han acelerado drásticamente en 2020. Una reciente encuesta de *Art Basel* relativa al primer semestre de 2020 revela que la participación de las ventas en línea de las galerías de arte “pasó del 10% de las ventas totales en 2019 al 37% en el primer semestre de 2020”²⁵.

Por lo tanto, la presencia de herramientas digitales en el mercado del arte ya no es marginal, sino absolutamente central. En efecto, las nuevas tecnologías están incidiendo en aspectos fundamentales como la valoración y la garantía de autenticidad y procedencia; la titularidad jurídica del vendedor; las oportunidades de propiedad fraccionaria y la forma de repartir los ingresos de las ventas de arte entre los distintos agentes implicados.

2.1. La prueba de la autenticidad y la procedencia

La cuestión básica de la venta de arte es la autenticidad de la obra, y este aspecto se ha vuelto bastante problemático en los últimos tiempos, cuando muchos comités de autenticación (*Warhol*, *Basquiat*, *Haring*, por nombrar algunos), ante el creciente número de litigios con coleccionistas descontentos, han dejado de emitir certificados que atestiguan la autenticidad de aquellas, creando así una confusa zona gris en la que los coleccionistas no saben a quién dirigirse²⁶.

²⁴ “CADAF es una plataforma de descubrimiento e interacción dedicada al arte digital y de los nuevos medios. Acoge regularmente ferias de arte internacionales, eventos especiales, exposiciones de arte y charlas. Descubre y conecta a los artistas, galerías, curadores y coleccionistas más importantes del mercado del arte digital. CADAF es un producto de *New Art Group LLC*, junto con *New Art Academy*, dedicado a la educación en arte + tecnología”. (Véase <https://cadaf.art/>).

²⁵ Véase www.artbasel.com/about/initiatives/the-art-market.

²⁶ Entre otros, véase, por ejemplo: (1) la Fundación Andy Warhol, que ya no autenticará las obras del conocido artista de arte pop; (2) el Comité de Autenticación del Patrimonio de Jean-Michel Basquiat, que, después de haber atribuido más de 2.000 obras autenticadas a lo largo de 18 años, dejó de autenticar completamente las obras del artista estadounidense en septiembre de 2012; y (3) la Fundación Keith Haring, que ha desestimado los comités de autenticidad y ya no examina las obras atribuidas al artista.

Una forma de resolver este problema es crear pruebas digitales incorruptibles de la cadena de titularidad de una obra de arte, y mejor si se lo hace desde su creación.

Un ejemplo de ello es la actividad de una empresa estadounidense llamada *Verisart*, que aplica la tecnología *blockchain* para combinar la transparencia, el anonimato y la seguridad para proteger los registros de creación y propiedad de obras de arte y objetos de colección. En la página de inicio del sitio web de *Verisart* se afirma:

“*Verisart* está construyendo una infraestructura probatoria para obras de arte y objetos de colección verificable por cualquier persona. Los registros son encriptados y datados por el libro de contabilidad descentralizado más fiable del mundo. Los certificados son fáciles de gestionar y pueden compartirse o transferirse en cualquier momento”²⁷.

La identificación de la obra es garantizada por *Verisart* mediante la incorporación de una foto de alta definición de la obra de arte, lo que facilita la detección de cualquier posible falsificación mediante la tecnología de reconocimiento de imágenes.

Por supuesto: la eficacia del sistema depende de la exactitud de los datos introducidos inicialmente. Para demostrarlo y enfatizarlo, Terence Eden, un *influencer* y entusiasta de la tecnología, subió a *Verisart*, como obra propia, la *Mona Lisa* de Da Vinci, generando así un registro de procedencia basado en *blockchain* que afirma que él es el verdadero “autor y propietario” de la *Mona Lisa*; dada la (casi) imposibilidad de borrar los “bloques” de una *blockchain*, esta información permanecerá registrada en el sistema para siempre, aunque obviamente nadie creará, de forma realista, que sea cierta.

Una forma diferente de autenticación es la que propone la empresa *Chronicle*, con sede en San Francisco, que utiliza la tecnología *blockchain* para abordar el problema de evitar las falsificaciones, en particular colocando microchips sobre o dentro de cualquier objeto físico (y, por tanto, también en las obras de arte)²⁸ y controlando después cada cambio sucesivo de propiedad. El proceso es el siguiente: (1) se coloca un microchip en algún lugar o dentro de una obra de arte; (2) se almacena una clave privada en el microchip, invisible al ojo humano; (3) se almacena la correspondiente clave pública en una *blockchain*; y (4) cuando se escanea el microchip, este pasa por un algoritmo criptográfico y afirma que se trata de la auténtica obra de arte.

Es interesante señalar que los microchips pueden utilizarse como autoautenticación: los propios artistas pueden colocarlo cuando producen una nueva obra y también pueden aplicarse a obras más antiguas, como un certificado

²⁷ “*Verisart* está construyendo una infraestructura probatoria para obras de arte y objetos de colección que puede ser verificada por cualquiera” (véase www.verisart.com/).

²⁸ “Automatización de la aplicación de las normas empresariales en el sector de las ciencias de la vida a través de la red *MediLedger* impulsada por *blockchain*” (véase www.chronicle.com/).

de autenticidad emitido por la entidad encargada de las autenticaciones (por ejemplo, el derechohabiente del artista).

2.2. Reconocimiento de la obra de arte y reconocimiento del trazo

La tecnología proporciona al mercado del arte una nueva y poderosa herramienta para verificar la autenticidad de las obras de arte: la IA, ya sea aplicada a la obra de arte en su conjunto o a sus elementos característicos, como los trazos de un dibujo.

En lo que respecta al reconocimiento de la autenticidad de una obra de arte en su conjunto, *Art Recognition*, una *start-up* suiza, ofrece certificados de autenticidad de pinturas en cuestión de días, basados en reproducciones fotográficas²⁹. El proceso consta de tres pasos: (1) se envía una foto de la obra de arte (tomada con un *smartphone*) a *Art Recognition*; (2) el algoritmo de *Art Recognition* aprende las características principales de un artista a partir de un conjunto de reproducciones fotográficas de obras originales de ese artista; una vez que la herramienta ha sido entrenada para reconocerlas, comprueba si las características aprendidas coinciden con las de la obra de arte que se presenta para su autenticación; y (3) *Art Recognition* emitirá un informe que resuma los pasos más importantes del análisis y las conclusiones alcanzadas sobre la autenticidad.

Otro proyecto interesante se refiere a la verificación de la autenticidad de los dibujos. La Universidad de Rutgers, con un equipo dirigido por el Dr. Ahmed Elgammal³⁰ (que creó por separado la CAN antes mencionada), y el *Atelier for Restoration & Research of Paintings*³¹ han iniciado un proyecto de investigación sobre varios centenares de dibujos de algunos artistas famosos, tratando de demostrar cómo cada línea dibujada en una hoja de papel es prácticamente comparable a una huella digital del artista. En particular, el algoritmo que crearon descompone casi 300 dibujos lineales de Picasso, Matisse, Modigliani y otros artistas famosos en 80.000 trazos individuales. Luego, una red neuronal recurrente aprendió qué características de los trazos eran importantes para identificar al artista y, al mismo tiempo, los investigadores también entrenaron un algoritmo de aprendizaje automático para buscar características específicas, como la forma de la línea en un trazo. Con ambos algoritmos trabajando conjuntamente, los investigadores fueron capaces de identificar correctamente a

²⁹ “El sistema informático *Art Recognition* evalúa la autenticidad de una obra de arte analizando su reproducción fotográfica con la ayuda de la IA” (véase www.art-recognition.com/).

³⁰ Supra nota 16.

³¹ El “*Atelier de Restauración e Investigación de Pinturas*”, fundado en 1991, “ha sido consultado para la restauración profesional, la investigación de la autenticidad, el peritaje y los informes de estado por museos nacionales, organismos gubernamentales, instituciones y casas de subastas. Nuestra cartera de clientes internacionales incluye a los principales marchantes de arte y coleccionistas privados de todo el mundo”. (véase www.arrs.nl/arrs_en.html).

los artistas en un 80% de los casos. La misma tecnología es capaz de distinguir un dibujo original de un determinado artista de una falsificación de aquel.

3. SERVICIOS DEL MERCADO DEL ARTE

Las nuevas tecnologías también han permitido la aparición de una serie de nuevos servicios dirigidos al mercado del arte, de los que a continuación se comentan algunos ejemplos.

3.1. *Tasación de arte*

El discreto mundo de los tasadores de arte se enfrenta ahora a la competencia de un sistema de tasación basado en la IA. Una *startup* italiana, *Kellify.com*, ha creado una metodología basada en la IA que, mediante el procesamiento de grandes datos del mercado del arte, es capaz de proporcionar valoraciones automatizadas de las obras, así como previsiones de sus futuras tendencias de mercado. Al ser capaz de proporcionar en tiempo real perspectivas y previsiones objetivas y detalladas, a distancia y durante las 24 horas del día, *Kellify* atrajo inmediatamente la atención de aseguradoras, instituciones de préstamo y fondos de arte.

3.2. *Acceso instantáneo a los datos de las obras de arte*

Otra innovación que se ha considerado muy disruptiva para el mercado del arte es la aplicación *Magnus*, que podría considerarse el *Shazam* del mundo del arte ³². Esta aplicación permite, a partir de una reproducción fotográfica de una obra, buscar en las bases de datos de todas las subastas más importantes y en todos los demás datos disponibles sobre el mercado del arte y encontrar al instante datos sobre la obra y su comercialización anterior (autor, año de creación, historial de ventas o si quedó sin vender y cuándo). Por lo tanto, *Magnus* permite que cualquier persona tenga acceso instantáneo a dicha información y, como consecuencia, conduce a una mayor transparencia del mercado del arte. Esta aplicación crea una verdadera desintermediación de la relación entre el coleccionista y las obras: el coleccionista ya no necesita un experto para acceder a estos datos.

3.3. *Inteligencia de marketing*

Thread Genius, creada en 2015 y luego adquirida por *Sotheby's* en 2018, a través de un conjunto de algoritmos de IA, lleva a cabo actividades de inteli-

³² “Nuestra misión es hacer transparente el mercado del arte” (véase www.magnus.net/about/).

gencia de mercado, tratando de identificar qué obras podrían ser de interés para un coleccionista sobre la base de sus adquisiciones anteriores. *Artrendex* ofrece ahora servicios similares basados en la IA a través de su plataforma *ArtPI*³³, que permite a museos, galerías y ferias de arte relacionarse mejor con sus visitantes y clientes ofreciéndoles imágenes de obras que tienen características que se corresponden con las de otras que les habrían interesado en el pasado.

3.4. Servicios de gestión de relaciones con los clientes

Arternal, creada en 2015, “fue la primera empresa tecnológica que se centró exclusivamente en llevar la tecnología de gestión de relaciones con la clientela al mundo del arte”³⁴. Construye un *software* de flujo de trabajo que ayuda a las galerías a gestionar mejor sus relaciones con los clientes, ya que permite: (1) nutrir las relaciones con los clientes con el tipo de toque personal y reflexivo que conduce a ventas exitosas, en menos tiempo y con menos compromiso del personal; (2) crear una memoria institucional, permitiendo la recopilación, el mantenimiento y el uso de datos que permanecen en la empresa incluso cuando rota el personal; y (3) una mejor asignación de personal y recursos basada en el seguimiento y el rendimiento de todas las ventas. Según informaciones aparecidas en la prensa, *Arternal* está trabajando en una plataforma que recomendará obras a los coleccionistas en función de las similitudes entre compradores (edad, lugar de residencia, profesión, ingresos)³⁵.

3.5. Servicios de transporte

ARTA es una plataforma digital que ofrece logística y servicios globales para el transporte de obras de arte³⁶. Ofrece presupuestos automatizados para el embalaje, el envío y la instalación en pocos minutos, lo que supone una mejora significativa respecto a las horas o días que normalmente se necesitan para obtener un presupuesto de este tipo de un transportista de arte tradicional.

3.6. Curaduría de arte

Después de que el colectivo suizo *fabric|ch* creara una obra de arte para la exposición de 2019 “Realidades enredadas: Vivir con la inteligencia artificial” en la Casa de las Artes Electrónicas de Basilea, titulada “Funcionamiento (curatorial) atomizado” y que “aprovechaba los algoritmos para producir un flujo constante de variaciones de diseño para la propia muestra en la que se la

³³ Véase www.artpi.co/.

³⁴ Véase www.arternal.com/.

³⁵ Véase <https://news.artnet.com/market/ai-art-business-intelligence-report-2020-1812288>.

³⁶ Véase www.shiparta.com/.

exhibía”³⁷, ahora tenemos la primera bienal enteramente curada por un robot: el curador jefe de la Bienal de Bucarest de 2022 será *Jarvis*, un programa de IA en desarrollo, del estudio vienés *Spinnwerk*, que “utilizará el aprendizaje profundo para aprender por sí mismo a partir de las bases de datos de universidades, galerías o centros de arte” y seleccionar las obras que se ajusten al tema elegido. En cuanto al impacto de las tecnologías digitales en el arte, también es interesante subrayar que toda la bienal estará disponible únicamente en realidad virtual, a través de cabezales de realidad virtual³⁸.

4. VENTAS

Las nuevas tecnologías también están creando nuevas oportunidades para el comercio de obras de arte.

Los experimentos de propiedad fraccionaria ofrecidos a través de plataformas en línea pueden implicar contratos de copropiedad tradicionales [véase *Art Share*³⁹] o crear certificados de propiedad digital a través de *blockchains*, creando *tokens* digitales, lo que se conoce como “tokenización” de las obras de arte.

Este modelo de negocio basado en la tecnología *blockchain* fue creado por primera vez en 2017 por *Maecenas.co*, una plataforma basada en *blockchain* que permite a cualquier persona comprar, vender e intercambiar la propiedad fraccionada de obras maestras por intercambio de criptomonedas⁴⁰. La propiedad fraccionaria permite, entonces, que incluso los pequeños coleccionistas puedan invertir en (fracciones de) obras importantes de artistas conocidos, en lugar de hacerlo en obras de artistas menos conocidos, aumentando así sus posibilidades de acceder al segmento más dinámico y líquido del mercado. La plataforma *Maecenas* se basa en los siguientes principios:

- a) crea una interacción directa entre el propietario y los inversores, sin necesidad de otros intermediarios (aparte de la propia plataforma); y
- b) es transparente, inclusiva y disponible para cualquier persona, no solo para personas de altos ingresos⁴¹.

³⁷ Supra nota 35.

³⁸ CASCONI, Sarah, “An Artificial Intelligence Program Named Jarvis Has Been Appointed Curator of the 2022 Bucharest Biennial. No, Really”, disponible en <https://news.artnet.com/exhibitions/bucharest-biennial-curated-by-artificial-intelligence-1872342> (Consultado el 18/08/2021).

³⁹ Véase www.artsharesales.com/.

⁴⁰ Véase *Maecenas*, la plataforma de inversión en arte (www.maecenas.co/).

⁴¹ “Las casas de subastas tradicionales cobran hasta un 25% de comisión sobre las ventas. Las galerías, hasta el 50%. Nuestras comisiones son tan bajas como el 1% para los compradores y el 8% para los vendedores. Además, con *Mecenas*, no hay tasas de almacenamiento ni períodos de bloqueo. Tienes la libertad de negociar tus tokens en cualquier momento en un intercambio líquido” (véase www.maecenas.co/whats-maecenas/).

Su mecanismo también permite a los coleccionistas y propietarios de obras importantes vender solo una fracción de su valor (menos del 40%), cobrando los ingresos por la fracción vendida y manteniendo la posesión de la obra, lo que permite que esta tenga “liquidez fraccionaria”.

El 06 de septiembre de 2018, *Maecenas* vendió, a través de la tokenización, más del 30% de “4 Pequeñas sillas eléctricas (*4 Small Electric Chairs*)” (1980), una pintura de Andy Warhol, por 1,7 millones de dólares: los *tokens* adquiridos se pueden negociar a través de la bolsa de *Maecenas* ⁴².

A este respecto, Marcelo García Casil (director general de *Maecenas*) explicó:

“Este es un momento histórico, para nosotros y para la comunidad *blockchain*. Hemos conseguido un hito importante que marca el inicio de una nueva era. La ‘tokenización’ de activos es el caso de uso más destacado y emocionante de la tecnología *blockchain*, y estamos orgullosos de ser pioneros en este espacio. Esta pintura de Warhol es la primera de muchas más que vendrán y estamos deseando ver y liderar una revolución financiera para el mercado del arte” ⁴³.

Esta nueva experiencia y la rapidez con la que se extendió entre los inversores ha sido pionera en la implantación masiva de esta tecnología en el mercado del arte, demostrando las bondades de desarrollar y mejorar este mercado a través de la tecnología.

Ahora otros actores están entrando en el mismo mercado de “tokenización” del arte: entre los más originales se encuentra *Snark.art*, que vendió 2.304 *tokens* (llamados átomos) de una obra de vídeo llamada “89 Momentos atomizados” de Eve Sussman, cuya venta implicaba no solo un *token* digital, sino también la propiedad de una fracción de una toma del mismo video: en concreto, cada átomo son 400 píxeles del fotograma completo, que tiene una duración aproximada de 10 minutos (es decir, la duración del vídeo completo). La mecánica de *blockchain* garantiza que cada átomo se asigne de forma única al propietario, de modo que la procedencia y la singularidad no puedan ser pirateadas o falsificadas ⁴⁴.

La “tokenización” está resultando especialmente atractiva para una generación de compradores jóvenes y digitales y ahora se está aplicando a todo tipo de objetos de colección (por tanto, no solo a las bellas artes, sino también a los

⁴² JANSEN, Eric C., “Tokenized Art: A New Alternative Investment?”, disponible en www.finivi.com/tokenized-art-alternative-investment/ (Consultado el 18/08/2021).

⁴³ “Esta subasta era un territorio desconocido, un nuevo modelo en un mercado antiguo. La demanda sin precedentes y la rapidez con la que se ha vendido la primera fracción han contribuido en gran medida a validar nuestra visión de un mercado de inversión en arte más democrático y abierto”, (Véase www.realwire.com/releases/first-ever-multi-million-dollar-artwork-tokenised-and-sold-on-blockchain).

⁴⁴ Véase <https://medium.com/@snarkdotart/snark-art-launches-new-art-and-blockchain-laboratory-with-acclaimed-artist-eve-sussman-press-6e7777b50142>.

objetos deportivos, autos de carrera, relojes y cómics), existiendo al menos otras diez empresas que ofrecen oportunidades de “tokenización”⁴⁵.

Una experiencia totalmente diferente es la de la plataforma online *dada.nyc*, que solo comercia con arte digital. Este sitio web no ofrece propiedad fraccionaria, sino que cada venta de una obra digital (normalmente ofrecida en ediciones numeradas) se registra en una *blockchain* y esto garantiza la “escasez digital”, ya que solo existirá una obra con un determinado número de edición y así quedará registrada en la *blockchain* de *Ethereum*. Además, la plataforma ha implementado una manera exclusiva de compartir los ingresos originados por cada venta posterior de una obra de arte digital comercializada a través de ella, que asigna solo el 60% de los ingresos para el vendedor, el 30% para el artista y el 10% para la plataforma, con todos los pagos realizados automáticamente a través de contratos inteligentes⁴⁶.

CONCLUSIÓN

Las tecnologías disruptivas (como la *blockchain*, la IA, las redes neuronales, los contratos inteligentes, la realidad virtual y la realidad aumentada) están creando obras de arte y modelos de negocio totalmente nuevos, que están revolucionando el antes estable mercado del arte.

Como la mayoría de estas innovaciones surcan aguas desconocidas, están surgiendo cuestiones jurídicas totalmente nuevas acerca de la autoría, la autenticidad, la representación y las garantías, la regulación financiera del comercio del arte, las ventas transfronterizas, la trazabilidad y la privacidad de las transacciones y el uso de contratos inteligentes.

Por lo tanto, el abogado especializado en derecho del arte del futuro debe ser también, inevitablemente, un abogado especializado en tecnología.

BIBLIOGRAFÍA

BOGOST, Ian, “The AI-Art Gold Rush is Here”, disponible en www.theatlantic.com/technology/archive/2019/03/ai-created-art-invades-chelsea-gallery-scene/584134/ (consultado el 18/08/2021).

BURROWS, Victoria, “How Cryptocurrency is Upending the Way Art is Priced and Sold”, disponible en www.thepeakmagazine.com.sg/lifestyle/cryptocurrency-prices-artwork-maecenas-dadiani-syndicate/ (consultado el 18/08/2021).

⁴⁵ TARMY, James, “You Can Own a Fraction of a Warhol. But Should You?”, disponible en www.bloomberg.com/news/articles/2020-02-07/you-can-own-a-fraction-of-a-warhol-but-should-you (Consultado el 18/08/2021).

⁴⁶ Véase www.artmarket.guru/le-journal/blockchain/yehudit-mam/.

- CASCONE, Sarah, “An Artificial Intelligence Program Named Jarvis Has Been Appointed Curator of the 2022 Bucharest Biennial. No, Really”, disponible en <https://news.artnet.com/exhibitions/bucharest-biennial-curated-by-artificial-intelligence-1872342> (consultado el 18/08/2021).
- ELGAMMAL, Ahmed – ELHOSEINY, Mohamed – LIU, Bingchen – MAZ-ZONE, Marian, “CAN: Creative Adversarial Networks, Generating ‘Art’ by Learning About Styles and Deviating from Style Norms”, disponible en www.researchgate.net/publication/317823071_CAN (consultado el 18/08/2021).
- JANSEN, Eric C., “Tokenized Art: A New Alternative Investment?”, disponible en www.finivi.com/tokenized-art-alternative-investment/ (consultado el 18/08/2021).
- PEARSON, Jordan, “Artists Ai Weiwei and Kevin Abosch Are Using the Blockchain to Make Us Question What’s ‘PRICELESS’”, disponible en www.vice.com/en/article/qymm9m/ai-weiwei-kevin-abosch-blockchain-art-priceless (consultado el 18/08/2021).
- SCHNEIDER, Tim, “A.I. Has the Potential to Change the Art Business—Forever. Here’s How It Could Revolutionize the Way We Buy, Sell, and See Art”, disponible en <https://news.artnet.com/market/ai-art-business-intelligence-report-2020-1812288> (consultado el 18/08/2021).
- TARMY, James, “You Can Own a Fraction of a Warhol. But Should You?”, disponible en www.bloomberg.com/news/articles/2020-02-07/you-can-own-a-fraction-of-a-warhol-but-should-you (consultado el 18/08/2021).
- THOUTT, Zack, “What are Creative Adversarial Networks (CANs)?”, disponible en <https://hackernoon.com/what-are-creative-adversarial-networks-cans-bb81d09aa235> (consultado el 18/08/2021).

ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO AL ARTE URBANO (ARTE CALLEJERO O *STREET ART*)

Por JUAN JAVIER NEGRI *

Resumen:

El artículo analiza el desarrollo histórico y estilístico del arte callejero (incluyendo el grafiti) como forma y lenguaje artísticos y cómo su creación (legítima o ilegítima) impacta sobre los derechos reales, la propiedad intelectual, el derecho penal y los derechos morales del autor.

Palabras claves:

Derecho del arte; arte callejero; grafiti; propiedad intelectual; inmuebles por accesión.

LEGAL CONSIDERATIONS REGARDING STREET ART (URBAN ART)

Abstract:

The article discusses the historical and stylistic development of street art (including graffiti) as an artistic form and language and how its creation (legitimate or illegitimate) impacts on property and real estate law, copyright, criminal law and moral rights.

Key words:

Art law; street art; graffiti; intellectual property; accession.

* Máster en Derecho Comparado (University of Illinois, 1977); docente universitario; Premio Uría de Derecho del Arte (Madrid, 2015); Juez de la Corte de Arbitraje para las Artes (La Haya, 2019); "Academician" de la International Academy for Quality; ex director del Fondo Nacional de las Artes (2018-2019).

INTRODUCCIÓN

En este artículo no se discutirá acerca de qué es el arte o cuál es su naturaleza; no solo porque no es su propósito, sino porque el autor carece de los conocimientos para tratar una cuestión semejante, más propias de otras ramas de las ciencias.

La renuencia de los juristas a establecer qué debe entenderse por arte o (en términos prácticos) si un objeto constituye o no una obra de arte es comprensible. Así lo explicó el juez Holmes en un caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1903:

Sería una tarea peligrosa que quienes están entrenados solamente en el derecho se constituyeran en jueces finales de la bondad de ciertas ilustraciones pictóricas, más allá de los límites más estrechos y obvios. En un caso extremo, algunas obras del genio seguramente no serían apreciadas. Su misma novedad las haría repulsivas hasta que el público aprenda el nuevo lenguaje en el que se expresó su autor. Es más que dudoso, por ejemplo, que los dibujos de Goya o las pinturas de Manet hayan merecido protección legal cuando fueron apreciadas por primera vez ¹.

Los jueces, sin embargo, en alguna ocasión han sido llamados a establecer si un objeto es o no una obra de arte.

El caso más conocido ocurrió en 1926. Ese año, el escultor rumano Constantin Brancusi creó una obra a la que llamó, precisamente, “Pájaro en el espacio”, una figura vertical de bronce, de forma ahusada, y la despachó desde París a Nueva York para exhibirla en una muestra en la Galería Brummer, cuyo curador era su amigo Marcel Duchamp. En esa época, bajo el art. 1704 de la Ley de Aduana de 1922 se permitía el ingreso de obras de arte a los Estados Unidos libres de todo gravamen. Según esa norma arancelaria, para calificar como obras de arte, las “esculturas” debían ser “reproducciones por tallado o vaciado a imitación de objetos naturales y, principalmente, de la forma humana”. En otras palabras, el arte era considerado tal en cuanto *reprodujera* un objeto preexistente.

Pero “Pájaro en el espacio” no se parecía demasiado a un pájaro. Por el contrario, parecía ser parte de una hélice de avión. Los funcionarios aduaneros la clasificaron como “objeto utilitario” en el rubro “utensilios de cocina y equipamiento hospitalario”; dejaron de lado el art. 1705 y, en su lugar, aplicaron el 399; en consecuencia, la gravaron con una tasa del 40% sobre su valor declarado. Brancusi se puso furioso. En contra de lo que generalmente hacen los artistas cuando sus derechos se ven afectados (esto es, no hacer nada absolutamente), planteó un recurso administrativo contra la decisión aduanera. El caso causó estrépito.

¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Bleistein v. Donaldson Lithographic Co.*, 188 US 239, 251, 1903.

Era la primera vez, que sepamos, que se pidió a un tribunal que definiera qué debía entenderse por arte. El juez se preguntó si Brancusi había reflejado adecuadamente o no lo que debía “imitar” (entre comillas), según exigía el texto legal y según rezaba el título de la obra. De acuerdo con la ley, si la obra “imitaba” correctamente lo que debía “imitar” era una escultura y, por consiguiente, una obra de arte, exenta del pago de derechos de aduana. De lo contrario, era otra cosa.

En las audiencias se discutió qué debía entenderse por “escultura” y “arte”. Declararon varios testigos, artistas, directores de museos y expertos varios, incluyendo a quien, entretanto, había comprado “Pájaro en el espacio”. A uno de los testigos, ofrecido por Brancusi, se le preguntó qué propiedades tenía ese objeto que a él le hicieran creer que se parecía a un pájaro. La respuesta fue: “tiene la sugestión del vuelo, sugiere gracia, aspiración, vigor, acompañado de velocidad, en un espíritu de fuerza, potencia, belleza, precisamente como lo hacen los pájaros. Pero ¿el nombre de la obra? ¿Su título? Bueno, en realidad no significan nada”.

De alguna manera el juez se convenció de que la definición acerca de qué debía entenderse por arte estaba desactualizada y era, en rigor, obsoleta. En su sentencia del 26 de noviembre de 1928 ², el juez Waite escribió:

“[H]a aparecido algo llamado algo así como una ‘nueva escuela artística’, cuyos exponentes intentan reflejar ideas abstractas antes que imitar objetos de la naturaleza. Nos gusten o no estas nuevas ideas y las escuelas que las representan, entendemos que el hecho de su existencia y su influencia sobre el mundo del arte tal como lo reconocen los tribunales deben ser tenidos en cuenta.

”Este objeto es bello, de líneas simétricas, y aun cuando sea difícil asimilarlo a un pájaro, no resulta por ello desagradable a la vista y presenta un gran valor ornamental. Y considerando, sobre la base de los testimonios, que se trata de un producto original de un artista profesional, de una escultura, de una obra de arte, según los expertos mencionados, admitimos la demanda y juzgamos que el objeto tiene títulos como para beneficiarse de la franquicia aduanera”.

La decisión no fue sencilla, puesto que, en rigor, la obra de Brancusi claramente no era una “imitación” de un pájaro. Faltaba la llamada “mímesis de la realidad”, que se entendía como algo esencial para que una obra fuera considerada “artística”. Pero el tribunal reconoció que algo se había roto definitivamente: una cierta concepción del arte y de la belleza, un cierto clasicismo. Reconoció que la mirada había cambiado, que la percepción se había transformado, que lo bizarro, lo monstruoso, lo inaudito habían adquirido carta de ciudadanía; “se había constatado que un tiempo nuevo estaba en puerta [...], que se entraba en

² United States Custom Court, Third division, *C. Brancusi v. United States*, T.D. 43063, 54 Treas. Dec. 428; 1928 Cust. Ct. LEXIS 3.

el campo de la experimentación ilimitada, en la época del triunfo de la técnica y que todas las barreras de protección habían caído...”³.

Como los dos casos citados demuestran, el derecho se hace a un lado cuando se trata de juzgar acerca de la validez o legitimidad de nuevos lenguajes artísticos o de formas de expresión artística.

1. UN NUEVO LENGUAJE ARTÍSTICO Y SUS CARACTERÍSTICAS

Los nuevos lenguajes artísticos obtienen una respuesta jurídica solo cuando, por alguna razón, entran en colisión con derechos de terceros. En esos casos, ocasionalmente, puede ponerse en discusión si determinada manera de plasmar una creación humana es una obra de arte y si esta puede, por el mero hecho de ser un fenómeno artístico, afectar derechos ajenos. Eso no significa que se deba discutir si esa *forma de expresar el arte* es, efectivamente, *arte*, como se rehusó a hacerlo Holmes o como lo admitió Waite.

En los últimos años se ha desarrollado “una forma de expresión artística” que ha obligado a llevar adelante un delicado análisis jurídico para encontrar el debido *encuadramiento* legal (“*no pun intended*”, dirían los anglosajones) que merecen las obras resultantes.

Esa “forma de expresión artística” se ha dado en llamar “arte callejero”, “arte urbano” o, más comúnmente, *street art*.



Arte callejero en París. Autor anónimo.

³ Véase EDELMAN, Bernard, *L'adieu aux arts. Rapport sur le cas Brancusi*, París, L'Herne, 2021; DONATI, Alessandra, «La definizione giuridica di opera d'arte e le nuove forme di espressione artistica contemporanea» en *La rivista del Consiglio*, Milán, año 2017-2018, pp. 118 y ss.

La doctrina legal estadounidense (donde el fenómeno del arte callejero está muy extendido) lo caracteriza por presentar tres características: (a) es arte realizado en un contexto urbano; (b) se lo lleva a cabo generalmente sin permiso del titular del soporte físico sobre el cual se crea la obra; y (c) la obra debe ser visible por el público en general ⁴. Nos permitimos agregar una cuarta característica: el arte callejero es, por lo general, gratuito, pues generalmente el artista no es retribuido por la realización de su obra. Si esta característica no existiera, ciertas pinturas o manifestaciones con propósito publicitario quedarían englobadas en el concepto, lo que bajo nuestro punto de vista sería erróneo.

Pero, no obstante esta definición, debe quedar claro que el arte callejero no es un concepto unívoco. El *street art* es de difícil definición, pues generalmente se incluyen dentro de esa denominación varios subgéneros, estilos y técnicas. Al mismo tiempo, tampoco se lo debe considerar sobre la base de imágenes neutras, en virtud de una concepción que lo limita a un lenguaje gráfico que representa otros objetos por fuera de sí mismo. Siguiendo a Carla Lois (aunque esta autora se refiera a la cartografía), ciertos enfoques fundados en la lingüística, la semiótica, la retórica y varios modelos de textualidad (que operan como *lingua franca* de la reflexión crítica sobre el arte, los *media* y demás formas culturales) “interpelan críticamente” al arte callejero examinando los contextos culturales en los que se lo genera ⁵.

Ha escrito Jill Weinberg ⁶: “muchos artistas callejeros trabajan como lo hacen los artistas tradicionales, creando algo bello o que resulta intrigante desde el punto de vista conceptual o estilístico. La única diferencia es que quieren exhibir su obra fuera del ámbito de las galerías de arte y a la vista del público” Y Katherine Keener agrega ⁷: “los artistas urbanos han sido típicamente definidos según las personas a las que quieren llegar con sus obras. Con obras más conceptuales, más humorísticas y más irónicas los artistas callejeros buscan un público más grande. Por esta razón, los artistas urbanos han usado otros medios para mejorar su producción y hacerlas más fácilmente distribuibles. Artistas como Blek le Rat, activo desde 1980, han comenzado a usar plantillas para producir sus obras con más rapidez. Otros, como JR, usan afiches de papel mientras que otros usan autoadhesivos, como Shepard Fairey que envió los suyos sobre el personaje llamado ‘André the Giant’ a las comunidades de *skateboarders*

⁴ SALIB, Peter N., “The Law of Banksy: who owns street art?” en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 82, No. 4 (otoño 2015), pp. 2293-2328.

⁵ LOIS, Carla, *Mapas para la nación*, Buenos Aires, Biblos, 2014, pp. 26 y ss.

⁶ WEISBERG, Jill, “The difference between street art and graffiti” en *Schrift and Farbe Design Group*, 16 mayo 2012, disponible en <https://schriftfarbe.com/the-difference-between-street-art-and-graffiti>.

⁷ KEENER, Katherine, “Street art : comment un mouvement est passé du graffiti au monde de l’art (Partie II: Distinguer le street art du graffiti)” en *Art critique*, 15 enero 2020, disponible en <https://www.art-critique.com/2020/01/une-lecon-de-street-art-comment-un-mouvement-est-passe-du-graffiti-au-monde-de-lart-partie-ii-distinguer-le-street-art-du-graffiti/>.

para difundir su trabajo. A medida que los artistas urbanos comenzaron a obtener ganancias, sus obras no solo fueron de realización más rápida sino también más accesibles a su público”.

Para algunos juristas, el arte callejero tiene escasas credenciales para convertirse en “destinatario legítimo de la atención del ordenamiento jurídico”⁸. Esto se ve reforzado por el hecho de que esta forma expresiva tiende a auto-representarse como una manifestación de protesta contra la forma en que se administra el sector formal del arte (como los museos o las galerías) y el mercado respectivo e, incluso, a adquirir una connotación ideológica particular que rechaza toda interferencia legal.

Por consiguiente, frente a tales circunstancias, la reacción inmediata del jurista es la de adoptar una posición de perfil represivo, esto es, para sancionar comportamientos o iniciativas considerados perjudiciales para los bienes o intereses tanto individuales como sociales: el vandalismo sobre paredes medianeras, vagones ferroviarios, cortinas metálicas, pasajes públicos, etc., que afectan la convivencia pacífica de la sociedad.

Al mismo tiempo, los artistas callejeros adoptan un comportamiento peculiar frente al resultado de su tarea: además de llevarla a cabo sin ninguna consideración a las autorizaciones o permisos necesarios (incluyendo los de los propietarios del respectivo soporte), se la expone públicamente sin protección alguna a los agentes atmosféricos, asociando su existencia a la del soporte al cual se adhiere y al ambiente que la rodea⁹. Estas características aparecen como reveladoras de una decisión tomada adrede: la de dar por descontada la naturaleza efímera de la obra y la voluntad de abandonarla al uso y goce del público. Ello es con frecuencia interpretado como falta de interés y aun hostilidad hacia cualquier tipo de tutela jurídica.

El arte callejero o *street art* es un fenómeno global, una de las áreas más populares y más discutidas del arte contemporáneo. Es una verdadera revolución visual, cuyos orígenes más remotos podrían remontarse a las pinturas rupestres hasta alcanzar las paredes y medianeras de Londres, Madrid, Buenos Aires o San Pablo, y cuyos protagonistas, en la mayoría de los casos, permanecen ocultos¹⁰.

⁸ CINELLI, Maurizio, “I murales e il diritto” en *La Previdenza Forense* 2/2020, mayo agosto 2020, disponible en <https://www.cassaforense.it/riviste-cassa/la-previdenza-forense/avvocatura/i-murales-e-il-diritto/>.

⁹ Véase la referencia a Jorge Rodríguez-Gerada en la página 10.

¹⁰ Véase LEWISOHN, Cedar, *Street art: the graffiti revolution*, Nueva York, Abrams, 2008.

2. PRIMERAS APROXIMACIONES JURÍDICAS

El *street art* nació en los años sesenta en los EE.UU. y se ha difundido rápidamente en todo el mundo. Como se verá más adelante, el suyo no fue un nacimiento por generación espontánea, sino vinculado con un ambiente cultural con fronteras ideológicas y geográficas bastante bien delimitadas; en particular, la cultura *hip hop*, nacida entre minorías no anglosajonas de ciertos barrios de la ciudad de Nueva York en los comienzos de la década del setenta¹¹. No obstante esa inicial restricción de índole témporo-espacial, una búsqueda en las redes acerca de “*street art* en Buenos Aires” permite sorprenderse acerca de la cantidad y calidad de las obras de arte callejero que hay en la ciudad y del interés que despiertan entre cierto tipo de turistas. Junto con Nueva York, Londres, Berlín, Ámsterdam y Milán, Buenos Aires es una de las metas del arte callejero en el mundo.

El arte urbano no solo ha servido para llevar a la notoriedad a numerosos artistas que empezaron sus carreras pintando paredes [como es el caso del famoso artista inglés Banksy¹² o del estadounidense Jean-Michel Basquiat], sino que también ha sido usado para urbanizar ciertos barrios y para canalizar las pulsiones artísticas de ciertos sectores sociales a los que otro tipo de arte, más institucionalizado, puede resultar menos accesible o más hostil.

El *street art* tiene una cercana relación de parentesco con el grafiti. Con ese término¹³ (del latín *graffire*, trazar rayas o estrías con un punzón —*scari-phus*— sobre muros abiertos al espacio urbano, a su vez derivado del griego *graphein*, escribir) se entiende el conjunto de inscripciones de carácter crítico o satírico efectuadas en espacios urbanos. La práctica reconoce antecedentes en el Imperio Romano¹⁴.

Gayo, en sus *Institutas*, menciona el caso del artista que estampa su obra en una tabla que pertenece a un tercero, sin permiso, y luego exige que su obra sea protegida¹⁵. Se trata, ni más ni menos, del conflicto entre el artista y el propietario del soporte. Gayo esboza la solución del caso en los siguientes términos:

“Además, lo que otro ha edificado en nuestro suelo, aunque sea en su nombre, se hace nuestro por derecho natural; porque la superficie cede al terreno.

¹¹ DYSON, Michael Eric, *Know what I mean? Reflections on hip-hop*, Nueva York, Basic Books 2007.

¹² Llamado “el rey del arte urbano” (FERNÁNDEZ HERRERO, E., “Origen, evolución y auge del arte urbano: el fenómeno Banksy y otros artistas urbanos”, tesis doctoral presentada ante la Universidad Complutense de Madrid, disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/46424/1/T39585.pdf>. Banksy no es sólo relevante por la calidad intrínseca de su arte sino por la cantidad de conflictos legales que lo rodean.

¹³ En general se usa el término en plural. En singular se lo usa únicamente en arqueología.

¹⁴ Véase GIMENO BLAY, F. y MANDIGORRA LLAVATA, M. L., *Los muros tienen la palabra. Materiales para una historia de los grafiti*, Publicacions de la Universitat de València, 1997.

¹⁵ Gayo, *Institutas*, II, 73/79.

Con mucha más razón me pertenece también la planta que otro haya puesto en mi terreno, con tal que haya echado raíces. Del mismo modo me pertenece el trigo que otro haya sembrado en mi tierra. Pero si exigimos el fruto o el edificio, y no queremos pagar los gastos de construcción o los causados por la simiente y la siembra, se nos podrá oponer la excepción de dolo, suponiendo que el poseedor lo haya sido de buena fe. Por la misma razón está admitido que lo escrito sobre mi papel o mi pergamino, aunque la escritura sea de letras de oro, me pertenezca, *porque la escritura cede al papel o al pergamino*. Mas si yo reclamo mis papeles y pergaminos sin querer pagar los gastos de la escritura, también se me podrá oponer la excepción de dolo. *Una regla contraria se sigue generalmente, cuando otra pinta en una tabla mía cualquier figura, pues la tabla, según el parecer común cede a la pintura, sin que para tal diferencia se dé una razón idónea*. Conforme a este principio es indisputable que, *si tú me reclamas como propiedad tuya el cuadro que yo poseo, y cuya tabla me pertenece, sin querer pagarme el precio de la tabla, podría rechazar tu demanda por la excepción de dolo*. Si, por el contrario, tú posees el cuadro, es claro que yo propietario de la tabla tengo contra ti una acción útil, y en tal caso, si yo no quiero pagar el valor de la pintura, me puedes repeler con la excepción de dolo. Y si mi tabla ha sido sustraída por ti o por cualquier otro, puedo ejercer sin duda la acción de hurto”.

Aunque el diferente tratamiento legal del conflicto entre creatividad pictórica o literaria y el derecho de propiedad del soporte utilizado arbitrariamente pueda parecer contradictorio o ser discutible, Justiniano, en su *Corpus iuris civilis*, le otorgó una solución similar. Bajo ambas soluciones, se respetó el derecho de propiedad, pero cuando el resultado de la tarea del pintor o el escritor fue identificado como una obra de arte, ello requirió un tratamiento especial. En otras palabras, un *status* jurídico particular. Pero para ello es necesario definir qué es arte, lo que nos lleva nuevamente al dilema planteado por Brancusi a los jueces estadounidenses.

3. GRAFITI Y ARTE CALLEJERO: DIFERENCIAS

Aunque ocurra con frecuencia, no se debe confundir el grafiti con el arte urbano ni asimilar el uno al otro. Entre ambos hay una tenue relación de género (el grafiti) a especie (el arte callejero). Aunque este derive de aquel o sea un desprendimiento suyo, son conceptos distintos, con técnicas y lenguajes diferentes, a pesar de que comparten varios aspectos en común.

Tanto el grafiti como el *street art* intentan ser subversivos, en cuanto rechazan su exhibición en galerías o museos y prefieren los lugares públicos. No como una definición mercantil, sino como decisión política y elección ideológica. No hay dudas, de todos modos, acerca de que el arte callejero o urbano o *street art* es parte de lo que se puede llamar “arte público”, un concepto que sugiere una diferencia notable con otras manifestaciones artísticas de tipo privado, individual o sectorial, sobre todo en materia de accesibilidad. El carácter

público del arte urbano es consecuencia de su intencionalidad de transmitir, mostrar y hasta enseñar.

Irónicamente, muchos críticos de arte y galeristas han comenzado a apreciar la belleza intrínseca del grafiti y del arte callejero y, al mismo tiempo, algunos de sus protagonistas (no demasiados, sin embargo) han comenzado a abandonar la calle, el anonimato y la clandestinidad para crear obras de arte destinadas a su exhibición y venta a través de los “circuitos oficiales”. De tal modo, el arte callejero (o, mejor dicho, muchos de sus representantes) ha adquirido prestigio y los coleccionistas se han precipitado en su búsqueda. Algunos de los grandes nombres del arte contemporáneo (Jean-Michel Basquiat, Banksy, Brian Donnelly —“KAWS”—, Keith Haring, etc.) provienen del arte callejero.

Mientras muchos artistas permanecen todavía fieles a sus actuaciones callejeras, otros se han “allanado” a las exigencias del mercado y ahora comercializan obras creadas en sus ateliers. Así, en las subastas se encuentran serigrafías de Haring, que abandonó los grafitis sobre anuncios del metro en Nueva York para dedicarse al trabajo de estudio, o piezas de Banksy retiradas de muros callejeros (en ocasiones sin autorización del autor) que alcanzan precios siderales, tal y como ocurrió con la obra *Slave Labor (Bunting Boy)*. En 2019 se vendieron obras de Basquiat por casi 94 millones de dólares y de KAWS por 90 millones. Al mismo tiempo y para el gran público, Banksy comercializa reproducciones en papel de sus grafitis, con precios en torno a los 200 euros.

Como consecuencia de la aceptación canónica del arte callejero, entre abril y agosto de 2011 el Museo de Arte Contemporáneo de Los Ángeles organizó la muestra “Arte en las calles”, la primera gran exhibición de arte callejero en el mundo, dedicada a su desarrollo a partir de 1970 en muchas grandes ciudades del mundo. Según algunas fuentes, fue la muestra con mayor audiencia en la historia de ese museo ¹⁶.

Pero, aunque el “grafitero” exhibe su obra en lugares públicos, no está interesado en que los espectadores comprendan su significado: su mensaje está dirigido a otros “grafiteros” como él. El grafiti funciona como un código secreto (y obviamente clandestino: la identificación positiva del “grafitero” puede acarrear consecuencias penales). La existencia de un mensaje es quizás uno de los elementos diferenciadores entre el grafiti, que, como se dijo, es más bien abstruso, hermético, codificado, solo para iniciados, y el arte callejero.

Para explicar la diferencia, un estudioso ¹⁷ cita a un colectivo de artistas callejeros con sede en Brooklyn, Nueva York (Faile, integrado por Patrick Mc-

¹⁶ La muestra no estuvo exenta de polémicas: en diciembre de 2010 un artista callejero italiano pintó un mural en la medianera del museo en coincidencia con la exposición. Debido a su “excesivo antibelicismo” fue considerado ofensivo, por lo que el curador de la muestra ordenó que se lo pintara encima a las veinticuatro horas de terminado. Como reacción, varios artistas anónimos pegaron afiches que identificaban al curador de la muestra como un talibán armado de un rodillo de pintura.

¹⁷ LEWISOHN, Cedar, *op. cit.*

Neil y Patrick Miller), creado en 1999, que la describe de este modo: “el grafiti no intenta conectarse con las masas: es cómo conectarse con otros grupos. Es un lenguaje interno y secreto. Gran parte del grafiti es ilegible, por lo que está en realidad encerrado dentro de la cultura que lo entiende y lo practica”. Sin conocer su vocabulario, es difícil entender su mensaje, aunque casi con certeza esté dirigido a comunicar a otros “grafiteros” que ese lugar ha sido “colonizado” o para establecer un nuevo estándar de dificultad o ilegalidad.

Los artistas callejeros, por el contrario, pretenden que su obra sea vista y apreciada por cualquiera: su mensaje debe ser comprensible para todos y, en lo posible, generar una interacción con los espectadores. Mientras el grafiti está “codificado” y es en gran parte hermético (es lenguaje de “grafiteros” para “grafiteros”), el *street art* intenta, por el contrario, comunicarse con el público. Lo suyo es mucho más una declaración antes que un mensaje. Por eso, aunque sean movimientos artísticos que comparten la ubicación en lugares públicos y, por lo general, cierto grado de ilegalidad, grafiti y *street art* difieren en: (a) la función que pretenden cumplir, (b) la audiencia a la que se dirigen y (c) la intención que los motiva. También sus técnicas son distintas.

Para muchos, el *street art* no ha sido otra cosa más que un intento de hacer llegar el mensaje del grafiti a un público más amplio. El público se convierte así en uno de los factores ya mencionados que sirven para identificar al arte callejero.

La fuerza del arte callejero (y su creciente popularidad) deriva entonces de su capacidad para cautivar al público como parte de una experiencia cotidiana, a diferencia de la “visión” del grafiti (diferente de su “lectura”, reservada a los iniciados), en la que se comparte algo personal y subversivo.

La principal preocupación del “grafitero” es la de hacer constar su nombre, señal distintiva o seudónimo (*tag*), lo que, en otras palabras, constituye su intención de dejar testimonio visible de su existencia física “aquí y ahora”. A esa aseveración se une el alarde acerca del evidente alto grado de riesgo involucrado en la formulación de ese testimonio en ese lugar en particular. A esta acción se la conoce como *tagging*: la inscripción del propio nombre o señal distintiva —generalmente con pintura en aerosol o marcadores, antes que con cinceles o buriles— sobre un soporte visible.



Tags.

El “” es el objeto mismo del grafiti. Un “grafitero” puede sentirse insultado al ser considerado “artista del grafiti” o artista callejero: en la subcultura que rodea a estas manifestaciones existe una frontera clara entre el “grafitero” y los artistas callejeros: la intención. Por lo general, sus autores, antes que considerarlo un arte, lo consideran un medio de comunicación.

Para quienes están familiarizados con el *tagging* en algún barrio o ciudad en particular, los espacios públicos son algo así como un yacimiento arqueológico, pues los *tags* del lugar permitirán la identificación de quiénes han estado allí recientemente o aun varios meses o años atrás, qué los llevó a ese lugar y bajo qué circunstancias ¹⁸.

Aun cuando exista una diferencia —como dijimos, fundada en la intención— entre ambas prácticas o géneros, estos mantienen un cercano parentesco y existen muchos “cruces” entre ellos. Pero como consecuencia de que, muchas veces, la actividad de los “grafiteros” goza de una pésima reputación debido a su comportamiento ilegal (en cuanto considerado vandálico y destructivo), algunos de ellos prefieren ser identificados como artistas callejeros (*street artists*). Al mismo tiempo, muchos *taggers* consideran que ser tratados como artistas resulta ofensivo y prefieren ser conocidos como *saboteurs* ¹⁹, por lo que destruyen y vandalizan bienes públicos.

Por ejemplo, en una entrevista publicada en el *New York Times* ²⁰, JR, uno de los más importantes artistas callejeros (de origen francés, pero activo

¹⁸ ALMQVIST, Björn; LINDBLAD, Tobias; SJOSTRAND, Torkel y JACOBSON, Malcolm, *Gates of Graffiti*, Dokument Press, 2007, p. 5.

¹⁹ LEWISOHN, Cedar, *op. cit.*

²⁰ LAKIN, Max, “JR’s gallery come indoors”, *The New York Times*, 11 diciembre 2019, en <https://www.nytimes.com/2019/12/11/arts/design/jr-brooklyn-museum.html>.

en los Estados Unidos) señala: “no me gusta el término *street art*. Mi taller fue siempre la calle, durante muchos años, porque debía instalar mis obras dondequiera fuera posible, y no conocía otra cosa. Pero para mí, lo mío es arte, esté fuera o dentro. Solo que a veces en una galería no funciona”. Otro artista, John Walsh, neozelandés, ha declarado detestar que su arte sea considerado callejero, fundándose en el hecho de que, para muchos, esa categorización disminuye la calidad y el objetivo de su arte y lamentan que muchas empresas del sector de la moda (textiles, marroquinería, etc.) asocien sus diseños industriales con los propios del arte callejero. No es la primera vez que los artistas resienten una categorización que los encuadra en un esquema del que sienten no ser parte ²¹.

Un caso similar ocurrió en Italia: los medios contaron cómo el conocido artista callejero italiano Blu, con ayuda de activistas, pintó de gris todos sus murales de Bolonia, donde inició su carrera y ha exhibido sus obras durante más de veinte años.

El borrado fue una reacción a la exposición *Street Art: Banksy & Co., L'Arte allo Stato Urbano*, que se inauguró allí en noviembre de 2020. Detrás de la exposición estuvo Fabio Roversi Monaco, director bancario, presidente de la Academia de Bellas Artes y exrector universitario “con un largo currículo como privatizador y represor” ²².

La muestra incluyó obras producidas sin permiso en la calle, que fueron arrancadas de su ubicación original “con la supuesta intención de salvarlas de la demolición y protegerlas de la degradación del tiempo”. Blu “debió ver cómo, contra su voluntad, obras que produjo como bien público fueron privatizadas y exhibidas en un palacio”.

Según los medios, Blu declaró que “no importa si las piezas retiradas de las paredes son dos, o son cincuenta. No importa si las piezas estaban sobre edificios a punto de ser demolidos, o si eran parte del paisaje de las afueras del norte de la ciudad. Ni siquiera importa que ver arte urbano en un museo sea paradójico y grotesco. Esta exposición de ‘arte urbano’ representa un modelo de espacio urbano que debemos combatir, un modelo basado en la acumulación privada, que convierte la vida y la creatividad en productos, para beneficio de los de siempre. Después de haber acusado al grafiti de vandalismo y de haberlo criminalizado, después de haber oprimido a la cultura juvenil que lo creó, después de haber desalojado los espacios que servían de laboratorios para esos artistas, ahora los poderosos de Bolonia quieren aparecer como los salvadores del arte urbano”.

Otros artistas callejeros consideran que sus técnicas no se prestan a su inserción en un mercado formal, donde las obras se exhiban en galerías de arte. Así, el ya mencionado cubano-estadounidense Jorge Rodríguez-Gerada, autor de una obra retratística en carbonilla que normalmente sería exhibida en gale-

²¹ Véase FERNÁNDEZ HERRERO, Emilio, *op. cit.*

²² Véase <https://urbanario.es/blu-esta-borrando-todos-sus-murales-de-bolonia/>.

rías de arte, realiza piezas de tamaño descomunal cuyo único lugar posible de realización y exhibición es el espacio abierto (como las medianeras de edificios de gran altura). Pero, además, según lo explica él mismo, una característica de su arte es su paulatina degradación como consecuencia de la lluvia, el sol y el viento y hasta de la posible demolición de su soporte, que, para él, constituye “la parte más importante de su proceso creativo”, pues su intención es que “la identidad, el lugar y la memoria sean una sola cosa”.

El vandalismo (o, técnicamente, el daño a bienes de terceros), lamentablemente, parece ser parte integrante de la filosofía del “grafitero”. Alguno de ellos ha confesado que el impacto atribuido a su obra subyace en la ilicitud del acto de destrucción que la acompaña ²³.

Esa actitud de desdén hacia la ley lleva, obviamente, a una reacción contraria al grafiti: “muchas respuestas socio-jurídicas hacia el grafiti pueden ser entendidas como producto de la ansiedad acerca de lo que el grafiti significa: habitualmente se lo identifica con un vecindario en declinación, con la presencia de una juventud rebelde o con el riesgo de ser víctima de un hecho criminal. Mucha de esta ansiedad deriva de la naturaleza enigmática del grafiti para aquellos que están fuera de esa cultura cerrada. Para el novato, la caligrafía del grafiti es difícil de leer y muchas personas jamás han visto a un ‘grafitero’ en acción: el grafiti simplemente surge durante la noche y sus autores son invisibles. Desde esa perspectiva, la censura y la criminalización del grafiti sigue una política según la cual la diferencia es reprimida como modo de regulación del discurso” ²⁴.

Los artistas callejeros son artistas conceptuales. Es decir, para ellos el concepto o la idea son más importantes que la obra de arte en cuanto objeto físico o material; aquella prevalece sobre los aspectos formales o sensibles de esta. La obra deja de ser un objeto de contemplación fabricado por la mano de su creador y se convierte en un objeto de pura especulación intelectual. En consecuencia, su interés radica en que el público no solo vea la obra, sino que interactúe y se comprometa anímicamente con ella, que “la entienda” para generar así una respuesta emocional.

Las imágenes de los artistas callejeros no incluyen al *tag* como mensaje (como sí lo hacen los “grafiteros”), sino como firma identificatoria. Con frecuencia se concentran en símbolos icónicos para expresarse, antes que en *tags*. Esta es una de las claves que permite identificar el arte callejero frente al grafiti.

Además del uso de un lenguaje diferente, los materiales usados por los artistas callejeros difieren de los de los “grafiteros”. Mientras estos usan solo pintura, aquellos suelen recurrir a otras técnicas de mayor sofisticación, como la

²³ Barry McGee (“Twist”) citado por Rose, A. y Strike, C. (eds.) *Beautiful Losers: Contemporary Art and Street Culture*, Nueva York, Iconoclast, 2004, p. 41.

²⁴ YOUNG, Alison, “Criminal images: The affective judgment of graffiti and street art” en *Crime Media Culture*, 18 de julio de 2021, disponible en [citato https://www.academia.edu/2382968/Criminal_Images_the_affective_judgment_of_street_art_and_graffiti?email_work_card=view-paper](https://www.academia.edu/2382968/Criminal_Images_the_affective_judgment_of_street_art_and_graffiti?email_work_card=view-paper).

adición de etiquetas adhesivas (*stickers*), engrudo, el uso de estenciles, la incorporación de carteles publicitarios o la yuxtaposición con la señalización urbana.

Pero tanto “grafiteros” como artistas callejeros, para lograr visibilidad para sus obras, suelen colocarlas en ubicaciones estratégicas y, muchas veces, prohibidas. Ya hemos mencionado los vagones ferroviarios y los del subterráneo, pero hay infinidad de otros casos.

El inglés Banksy, por ejemplo (típico artista callejero, antes que “grafitero”), pintó una enorme leyenda en el recinto de los elefantes en el zoológico de Londres donde, simulando un manuscrito de los propios animales, decía: “Quiero salir de aquí; este lugar es muy frío; el guardián tiene mal olor; me aburro, me aburro, me aburro”. El artista establece, por interpósita persona (en este caso, el elefante), un diálogo intelectual con el espectador/visitante de un zoológico; genera, por medio de su obra plástica, una corriente de simpatía con el público.

Por casualidad, el uso de los elefantes sirve quizás para marcar las diferencias entre “grafiteros” y artistas callejeros. Cuando en 1971 corrió la noticia (falsa) de que Cornbread, un famoso “grafitero” de Pensilvania, había muerto, uno de sus competidores (Taki) pintó en el flanco del elefante del zoológico local la expresión “Cornbread vive”. La colocación atípica del *tag* en un “escenario móvil” colocó la barra en un sitio aún más alto para el resto de los grafiteros locales. Obviamente, el mensaje estaba limitado solo a quienes tenían alguna noción acerca de la existencia de Cornbread.

El uso del humor, el absurdo y la ironía son propios de los *street artists*, pero no de los “grafiteros”. El arte callejero con frecuencia usa y altera imágenes preexistentes, expuestas en lugares públicos (como los carteles publicitarios), para darles un significado distinto del original. En 1995, el ya mencionado artista neoyorquino Brian Donnelly (que trabaja con el seudónimo de KAWS) consiguió, no se sabe por qué medios, las llaves de acceso a las vitrinas donde se exhibe publicidad gráfica en las calles y, en particular, en las paradas de transporte público. Reemplazó así los carteles existentes por otros en los que los personajes y eslóganes habían sido modificados. De ese modo, los modelos aparecían luciendo máscaras monstruosas, adoptaban poses de notable erotismo o se convertían en seres extraterrestres.

Estas actitudes contrastan claramente con el grafiti, que no intenta (antes bien, rechaza) el diálogo con el espectador común. Los lectores notarán, sin duda, la analogía con ciertas corrientes o posiciones literarias (como la de Virginia Woolf), que, desembarazándose de formalismos, han intentado establecer el diálogo con el *common reader*; esto es, con el lector que lee por placer (en este caso, el espectador que observa complacido) y no con el erudito o quien debe leer por obligación.

Por supuesto que hay casos de artistas callejeros que, aun alejados del hermetismo del grafiti, mantienen el uso de ciertos “códigos secretos” necesarios para la apreciación de su obra, de modo tal que esta no tenga significado alguno para quien no posea cierta información previa. Por ejemplo, un artista callejero

londinense conocido como Caliper Boy ha creado numerosas obras de arte basándose en la historia de un personaje de ficción del mismo nombre, un joven boca sucia y tosco nacido en un barrio pobre, a quien ha convertido en la figura central de numerosos afiches pegados con engrudo en todo Londres. En todos ellos luce la leyenda “*dirty little secret*” (“un pequeño y sucio secreto”). Para el espectador inadvertido, los afiches son relativamente incomprensibles. Quienes están al tanto de la historia, sin embargo, se sienten privilegiados al compartir su significado con el artista ²⁵.

Obviamente, no por ser callejero ese tipo de arte es necesariamente valioso, ni por estar en la calle tiene, forzosamente, valor artístico. En ese sentido, la crítica Francesca Gavin ha escrito en un diario inglés ²⁶:

“¿Es el arte callejero realmente estúpido? Cada vez que los principales medios de difusión se refieren al arte callejero se lo trata con desdén. Es siempre un poco en chiste. Generalmente se lo acompaña con malas imágenes de algún rapero o un *skateboarder*. Se convierte en un doloroso y gran cliché sobre adolescentes. Cada vez que un artista o un crítico intenta decir algo interesante sobre qué opina el arte callejero sobre la sociedad contemporánea o examinar su contexto político, artístico o social es rápidamente eliminado. Los medios parecen estar enamorados de la fórmula del arte callejero. Esto es, algo creado por chicos malos a los que debería imponerse un toque de queda y arrancarles sus capuchas. Son vándalos insensatos que garabatean basura superficial sobre las paredes de modo que otros adolescentes tengan algo lindo para mirar mientras hacen *skateboard*. ¡Qué fácil es quedarse en lo superficial en lugar de investigar! ¡O examinar las obras! Me aburre la pregunta ‘¿quién es Banksy?’. ¿Está su obra tan vacía de contenido que los medios se rehúsan a analizar su contenido? ¿Es el arte callejero un fenómeno sin contenido y solo con métodos? Por supuesto que hay un montón de arte callejero malo e insípido. Algunas galerías de arte están llenas de basura que parecen el ‘Salón de la Fama’ del estencil. Pero hay artistas que realizan intervenciones callejeras que son subversivas, que son interesantes, que merecen que se les reconozcan sus méritos. [...] Quizás Banksy haya dado origen a una oleada de pretenciosos usuarios de estencil, pero existe algo más que simples escolares escribiendo en las paredes de los baños”.

²⁵ En la ficción, Caliper Boy merodea los callejones más tenebrosos y húmedos de Londres desde comienzos del siglo XIX. Su madre era una prostituta que lo mantuvo encerrado en el sótano de un burdel, por lo que Caliper Boy era “su pequeño y sucio secreto”. A la edad de doce años logró escapar y desde ese momento recorre las calles más insalubres en busca de su padre desconocido, donde es reconocido como rey por los pordioseros y vagabundos. Recientemente ha obtenido la ayuda de una orden secreta conformada por deformes y débiles mentales.

²⁶ GAVIN, Francesca, “Enough of this jokey approach to street art” en *The Guardian*, 16 julio 2008, disponible en <https://www.theguardian.com/artanddesign/artblog/2008/jul/16/streetartstupid>.

4. GRAFITI Y ARTE CALLEJERO EN BUENOS AIRES

En el contexto argentino, se ha señalado que, con referencia al grafiti y al *street art*, el caso de Buenos Aires replica algunas de las características que este modo de expresión tiene en otras grandes ciudades.

Pero también muestra sus particularidades: “la ciudad cuenta con una tradición de arte y muralismo político que se remonta a las primeras décadas del siglo XX, sobre todo a partir de la visita del mexicano Alfredo Siqueiros. Además, las paredes siempre fueron espacio de confrontación y lucha entre partidos políticos, que pintan sus consignas mientras tapan las pintadas de los rivales. Más cerca en el tiempo, el grafiti aparece localmente asociado a subculturas jóvenes. Junto con los escritos personales (‘Marta te quiero’) y de apoyo a alguna pasión (‘River Campeón’), gran parte de los grafitis encontrados en la vía pública durante la década del ochenta consistían en frases que, de manera lúdica e irónica, buscaban incomodar con su mensaje. A partir de los años noventa, con la apertura de las importaciones y las comunicaciones globalizadas, el grafiti se fue complejizando y dio lugar a otros más visuales. Si bien hubo algunos que continuaron con los mensajes sociales y políticos, muchos de ellos simplemente buscaban marcar territorio (*tagging*) en un juego cerrado —que ya no interpelaba al peatón, sino que requería de cierto conocimiento del código utilizado— en vinculación con nuevos formatos y técnicas que se expandieron gracias a la posibilidad de estos jóvenes de viajar al exterior y el furor internacional por el *hip hop*, música asociada a esta práctica.

”Por otro lado, para comprender el florecimiento local de esta expresión hay que detenerse en ciertos rasgos idiosincráticos de la Ciudad de Buenos Aires. [...] Una singularidad de la capital argentina es la alta tolerancia a los ilegalismos, lo que hace que tradicionalmente el grafiti haya podido expandirse con mayor o menor preeminencia, pero de manera ubicua en la ciudad y alrededores. No obstante, el verdadero despegue local aparece ya con el mote de ‘arte urbano’ luego de la crisis económica e institucional de 2001, pues en ese momento se revaloriza la idea de tomar la calle. Este contexto generó una multiplicidad de colectivos que no solo pintaban (en) la calle, sino que hacían intervenciones urbanas de distinto tipo destinadas a reflejar la crisis en la que estaba inmerso el país. De ese momento convulsionado surge también la consigna de pintar las paredes como forma de resistencia a las imágenes publicitarias que inundaban la ciudad, ajenas a la pauperización de su población. Sin embargo, durante el proceso de recuperación económica, este movimiento fue rápidamente cooptado por el mercado. Como resultado, muchos colectivos terminaron disgregándose y aparecieron con más fuerza las individualidades”²⁷.

²⁷ GONZÁLEZ BRACCO, Mercedes, “Arte urbano: entre la mercantilización y la resistencia. El caso de La Boca (Buenos Aires)” en *Cuadernos de Antropología Social*, 50, disponible en <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/CAS/article/view/5523>.

5. DESARROLLO HISTÓRICO E “ILEGALIDAD” DEL GRAFITI Y DEL ARTE CALLEJERO

Para el análisis jurídico del arte callejero, es determinante el hecho de que todos los “grafiteros” y una enorme mayoría de los artistas callejeros comparten un factor en común: su actividad es ilegal. “La ilegalidad es el principal activo del grafiti y del arte callejero y, al mismo tiempo, su principal dificultad. Mientras por un lado permite actuar fuera de los códigos y normas de la sociedad, lo que facilita conservar un aire de misterio implícito en toda subcultura, al mismo tiempo impide la entrada al mundo del arte consagrado”²⁸. Esta frase, de 2004, como veremos, ha quedado desactualizada en lo que a la “consagración” se refiere.

La ilegalidad del grafiti (y de su descendiente, el arte callejero) no es un concepto nuevo: “siempre hubo quienes quisieron hacerse conocidos o divulgar sus problemas y opiniones. [...] Desde el siglo I a.C., los romanos grababan insultos, nombres y comentarios acerca de sus gladiadores favoritos sobre las paredes de los edificios públicos, mientras que los mayas hacían algo parecido en el otro confín del mundo. Si bien había quienes no aplaudían esta práctica (entre ellos Plutarco), estaba ampliamente aceptada como modo de expresión y comunicación. Pero fue recién a partir de la Revolución Francesa que actos de este tipo fueron asociados a la destrucción de bienes públicos y comenzaron a ser considerados como hechos vandálicos”²⁹.

La ilegalidad del grafiti, como dijimos, es una de sus características intrínsecas. Cuando a partir de los inicios del siglo XX comenzaron a verse las primeras pintadas en vagones ferroviarios en los Estados Unidos (tendencia que se incrementó durante la Gran Depresión con el aumento del número de vagabundos que recorrían el país de costa a costa), el grafiti era un modo de demostrar el desprecio por la obligación de pagar un boleto ferroviario.

²⁸ Rose, A. y Strike, C., *op. cit.*; ROSS, Jeffrey Ian (comp.) *Routledge Handbook of Graffiti and Street Art*, Nueva York, Routledge International Handbooks 2016.

²⁹ KEENER, Katherine, *op. cit.*



“Kilroy estuvo aquí”, grafiti sobre el monumento a los caídos en la Segunda Guerra Mundial, Washington D.C., Estados Unidos.

Simultáneamente, las pandillas juveniles (o *gangs*) activas en los grandes conglomerados urbanos de los Estados Unidos comenzaron a usar los grafitis como medio de establecer las fronteras de sus respectivas zonas de influencia, donde no desarrollaban, precisamente, tareas de caridad.

Y durante la Segunda Guerra Mundial, como evidencia de una camaradería y falta de disciplina por encima de fronteras y escalas jerárquicas, los soldados estadounidenses dispersos por Europa replicaron en cuanta pared fuera posible un grafiti con la leyenda “Aquí estuvo Kilroy”, acompañado de un sencillo dibujo de un hombre con una larga nariz que se asomaba tras un muro. De factura modesta, los primeros grafitis fueron (y continúan siéndolo) un modo de expresión generalizado para demostrar la existencia de “pequeños desconocidos” que, ante terceros, festejaban su desprecio o incumplimiento de la ley.

Todo cambió cuando un vendedor de pinturas, Edward H. Seymour, en Sycamore, Illinois, Estados Unidos, en 1949, desarrolló la herramienta por medio de la cual los jóvenes rebeldes, las pandillas juveniles, los “grafiteros”, los artistas y los manifestantes encontraron un medio de expresión: la pintura en aerosol ³⁰. Esa invención permitió mayor velocidad, facilidad de transporte y durabilidad del resultado. Con el tiempo, los fabricantes de pintura en aerosol comenzaron a producir elementos especiales para “grafiteros”, como boquillas

³⁰ GREENBAUM, Hilary y RUBINSTEIN, Dana, “The origin of spray paint” en *The New York Times*, 4 de noviembre de 2011.

y tapas de distintos calibres para “trabajos” caligráficos más elaborados, amén de colores más vivos y pinturas de distintos espesores y consistencias.

Eso llevó a un crecimiento enorme del grafiti, otra vez en las grandes ciudades de los Estados Unidos, principalmente en Nueva York y Filadelfia. Pero los trazos simples de los años sesenta (los *tags*) se transformaron en una escritura mucho más compleja, estilizada y colorida y se fueron desprendiendo de su contenido de mero mensaje para expresar otros conceptos y valores vinculados con lo estético.

El grafiti tradicional quedó reducido a algo así como un deporte en el que cada participante alardea acerca de dónde es capaz de estampar su nombre y qué territorio puede marcar como propio. También se convirtió, como dijimos, en un medio de comunicación hermético y clandestino que solo otros “grafiteros” comprendían cabalmente. El punto en común de todos ellos es la ilegalidad, y su principal “virtud”, la osadía en el uso de bienes públicos como soporte de su mensaje. La necesidad de demostrar con rapidez una presencia ubicua llevó a la creación de un estilo llamado *throw up*, “vómito”, “flopeo” o “pota”, de letras redondeadas como burbujas, con apenas dos colores: uno central y otro marcando el contorno exterior de los caracteres.

Los vagones de los trenes suburbanos y del subterráneo de Nueva York se convirtieron en el objetivo máspreciado de los “grafiteros”, no solo puesto que las “obras” pintadas sobre sus carrocerías serían vistas por miles de personas, sino porque al mismo tiempo la ejecución de la obra implicaba mayores riesgos de ser detenidos por la comisión del delito de daño.

El estatus jurídico del grafiti en general y del arte callejero en particular (y, sobre todo, su criminalización) es consecuencia de una concepción filosófica y política según la cual las ciudades son sitios de producción cultural y estética, comprometidas en un proceso continuo de desarrollo y cuidado de su imagen pública, la innovación arquitectónica, la estatuaría urbana, el control de la publicidad y la señalética, el mantenimiento de la limpieza y el alumbrado, el sostén de las actividades culturales en el espacio público (abierto o cerrado) y el arte público. La continua producción cultural urbana está sostenida por una variedad de normas jurídicas de todo tipo, desde reglas de planificación urbana a ordenanzas municipales y principios de orden público. A veces, para sus habitantes, el proceso urbano de producción cultural es imperceptible; en otros casos, se lo discute, se lo cuestiona o impugna judicialmente o queda sometido a los vaivenes de la opinión pública. Algunas “intervenciones” inesperadas o no queridas en el espacio urbano llevan a su criminalización y a la censura a quienes son identificados como sus responsables. Ese es el típico caso del grafiti y del arte callejero ³¹.

No es casualidad que en los Estados Unidos, donde el grafiti (tal como lo conocemos hoy) y el arte callejero tuvieron sus primeras manifestaciones, el

³¹ YOUNG, Alison, *op. cit.*

Ministerio de Justicia ³² lo haya clasificado en varios tipos: (a) el *gang graffiti*, usado por pandillas para marcar su territorio o amenazar a grupos rivales; (b) el *tagger graffiti*, muchas veces sencillo pero de gran tamaño para exhibir el nombre o seudónimo de su autor; (c) el convencional, como acto espontáneo derivado de la “exuberancia juvenil”, muchas veces malicioso; (d) el ideológico, que transmite mensajes políticos o cargados de odio racial, religioso o étnico.

En cambio, quienes abandonaron el grafiti como simple medio de comunicación entre pares para convertirse en artistas callejeros adoptaron una mayor sofisticación estética, niveles más altos de complejidad y técnicas novedosas. La caligrafía utilizada pasó a ser más elaborada. Así nacieron obras de tres colores, con fondo y personajes, o las llamadas “producciones” (grupos de obras de varios artistas con colores combinados entre ellas). Por eso, hay quienes llaman al arte urbano o callejero “post grafiti”, con el argumento de que no solo ha avanzado en el uso y aplicación de técnicas complejas, como el uso del estencil o plantillas, por ejemplo, sino que también ha servido para moldear una diferente percepción social y cultural acerca de lo que el arte urbano significa.

A partir de los años ochenta, el grafiti se asoció con la creciente corriente del *hip hop* y ambos, retroalimentándose, se convirtieron en símbolos de un movimiento contracultural. Para algunos, así nació el *street art*, hoy incorporado al canon de la historia del arte gracias a la aparición de grandes artistas como los ya mencionados Banksy o Brian Donnelly.

Obviamente, el hecho de que el grafiti primero y el *street art* después quedaran asociados con un movimiento contracultural estadounidense hizo que, a la larga, adquirieran una fuerte raigambre en ese país, que se convirtió en su principal mercado. La influencia de los Estados Unidos (lo que algunos llaman equívocamente “colonialismo cultural”) hizo el resto.

Al arte urbano se lo ha llamado el arte del siglo XXI y comparte muchas características con los jóvenes nacidos en este siglo: es evanescente, no institucional, rebelde, efímero y provocativo, y su capacidad de transmisión identitaria se transmite capilarmente en todo el mundo; es arte invasivo, pues invade el espacio público; y aun cuando en algunos casos ya no se lo considere en muchos lugares como un hecho delictivo, el arte callejero, para algunos, es el crimen de afirmar la propia identidad de un modo socialmente no aceptado. Alguien dijo que la expresión *street art* tiene tantas facetas como el diamante más brillante e inútil del mundo.

³² Oficina de Servicios Policiales Orientados a la Comunidad del Departamento de Justicia de EE.UU., Manual de Recursos Penales, disponible en su idioma original en <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual>.



Keith Haring, “Sin título” (“El mural de The Grace House”), 1983-84.

Las objeciones al *street art* como arte propiamente dicho no derivan solamente de quienes lo consideran una expresión de vandalismo. El antropólogo inglés Rafael Schacter ³³, que ha investigado en profundidad el grafiti y el arte callejero, sostiene que son técnicas ornamentales, meramente decorativas, inscriptas en una modalidad ritual perteneciente a un entorno lúdico y “performativo”, por lo que los descarta tanto como arte y como expresión de vandalismo.

Pero, además de las visiones críticas desde el punto de vista artístico, la valoración del grafiti y, sobre todo, la del *street art* como expresión plástica legítima es cuestión controvertida, puesto que, bajo las leyes penales de casi todos los países, pintar o efectuar marcas sobre un inmueble ajeno constituye el delito de daño.

6. ¿DAÑO O VANDALISMO?

El art. 183 del Cód. Penal argentino sanciona (en lo que nos interesa) a quien de cualquier modo dañare una cosa inmueble, total o parcialmente. Llevar adelante esa conducta “en caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos” constituye un agravante.

En España la solución es similar, pero el monto del daño tiene relevancia: el delito se sanciona con una pena de multa de uno a tres meses, si la cuantía de aquel no excede de 400 euros (art. 263, Cód. Penal), hasta una pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses si se causa un daño a bienes de valor histórico (art. 323).

³³ Véase ANAPUR, Eli, “Attempting to define Intermural Art, Graffiti and Street Art” en *Widewalls*, 11 febrero 2017, disponible en <https://www.widewalls.ch/magazine/intermural-art>.

En Francia, el art. 322-1 del Cód. Penal califica la destrucción, degradación o deterioro de un bien ajeno con una pena de dos años de prisión y multa de 30.000 euros, excepto en el caso de daños menores. Pero “el hecho de efectuar inscripciones, signos o dibujos sin autorización previa sobre fachadas, vehículos, vías públicas o mobiliario urbano está penado con multa de 3.750 euros y una pena de trabajos en el interés público, salvo que se trate de daños menores”. El art. 322-3 incluye como agravantes, entre otros, el actuar en grupo o el daño a bienes dedicados al uso o a la decoración pública o pertenecientes al dominio público. Y el art. 322-3-1 agrava las penas en caso de afectarse bienes culturales.

En Italia, el delito de *deturpamento e imbrattamento* está penado en el art. 639 del Cód. Penal, según el cual el autor (en caso de acción privada iniciada por la víctima del daño) puede ser multado hasta 103 euros. Si el daño se comete sobre inmuebles públicos o medios de transporte constituye un delito de acción pública cuya pena es reclusión de uno a seis meses y multa de 300 a mil euros. A partir de una reforma reciente ³⁴, el juez puede obligar al condenado a limpiar o reconstruir lo dañado o cubrir los gastos respectivos o, incluso, a realizar tareas comunitarias por un tiempo que no puede superar el plazo de la pena impuesta.

En los Estados Unidos, como regla general (pues los Códigos Penales son de competencia estadual), los daños a la propiedad privada constituyen vandalismo (“el deterioro voluntario de una propiedad privada”). Cuando el daño físico es hecho a edificios públicos (*depredation*) constituye un delito *per se* y autónomo, no un agravante de otras figuras penales, que requiere dolo específico. Por consiguiente, cualquier grafiti o pintura mural sobre un edificio público constituye delito, dado su carácter siempre intencional, pero, a diferencia del derecho continental, el Estado debe demostrar la cuantía del daño ³⁵. El delito es sancionado con multas en función del importe de dicho daño y con hasta diez años de prisión cuando el daño supera los cien dólares ³⁶. Existen además normas locales que imponen multas a los autores de grafitis, restringen la venta de pintura en aerosol a menores de edad u obligan a los propietarios a eliminar a su costa los grafitis o murales realizados sin permiso (aun cuando el mismo propietario reconozca su valor estético o comercial) ³⁷.

Como puede observarse, en los países de derecho continental los jueces tienen cierto grado de laxitud para determinar la pena aplicable, basándose en la extensión del daño, los medios utilizados, etc. En los Estados Unidos, en cambio, la extensión de la pena está dada meramente por el importe del daño.

³⁴ Decreto Ley del 20 febrero de 2017 n. 14.

³⁵ *United States v. Seaman*, 18 F.3d 649, 651 (9th Cir.), 1994.

³⁶ Véase *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* de 1994, Pub. L. 103-322, § 330016, 108 Stat. 1796, 2146-47 (1994); codificado bajo 18 U.S.C. §§ 3559(a), 3571.

³⁷ San Francisco Public Works Code, art. 23, sección 1300 “Graffiti removal” en <https://www.sfpublishworks.org/graffiti>.

7. MÁS ALLÁ DEL DERECHO PENAL: OTROS ASPECTOS JURÍDICOS

Además de las derivadas del derecho penal, es grande la cantidad de otras áreas del derecho que aparecen involucradas o afectadas por el fenómeno del arte callejero, siempre como consecuencia del hecho de que esta forma de expresión genera un choque entre dos derechos fundamentales de raíz constitucional y pertenecientes a personas diferentes: nos referimos al conflicto que se suscita entre el derecho de propiedad, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión, por el otro.

Esto es así porque el *street art* genera, por su propia naturaleza, un conflicto entre el propietario del soporte físico donde se fija la obra y el artista. Esto es consecuencia de que el arte callejero se caracteriza por realizar obras de arte sobre un soporte propiedad de un tercero (público o privado), con o sin su autorización.

En consecuencia, hay básicamente dos grandes categorías jurídicas de arte callejero: (a) la de la obra autorizada, y (b) la de la obra realizada ilícitamente sin el consentimiento del propietario del soporte. En ambos casos, partimos de la presunción legal de que *la obra de arte callejero, por su adhesión al soporte, se convierte en un inmueble por accesión*.

Pero existen, también, otras circunstancias de hecho bajo las cuales las obras de arte callejero pueden ser consideradas cosas muebles; en particular, *cosas abandonadas por su dueño o cosas perdidas*.

Con respecto a las dos categorías básicas a las que nos hemos referido, ¿existe arte callejero llevado a cabo con el consentimiento del propietario del inmueble? Sí, claramente. La ciudad de Chicago, por ejemplo, tiene una base de datos para salvaguardar el arte callejero (y aun el grafiti) —creada luego de que una obra del artista Blek le Rat fuera repintada por error— que, para su inclusión, exige que las obras sean legales y no fruto del vandalismo.

8. LAS OBRAS DE ARTE CALLEJERO COMO INMUEBLES POR ACCESIÓN

Cuando la obra de arte callejero se realiza con el consentimiento del propietario del inmueble usado como soporte (una pared, una puerta, un muro, una superficie horizontal, etc.), el derecho de propiedad de la obra recaerá sobre el propietario de aquel, en virtud de lo que establece el art. 226 del Cód. Civ. y Com. acerca de los inmuebles por accesión: esto es, “las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo con carácter perdurable. En ese caso forman un todo con el inmueble y *no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario...*”.

La confección de un mural con permiso del propietario del soporte es un caso de construcción efectuada con materiales propios sobre inmueble ajeno.

En nuestra opinión, el texto del art. 1962 del Cód. Civ. y Com. es confuso, a diferencia del texto del art. 2588 del Cód. Civil de Vélez, que era mucho más claro.

En efecto, el Código actual dice, en lo que nos interesa, que “si la construcción es realizada por un tercero, los materiales pertenecen al dueño del inmueble quien debe indemnizar el mayor valor adquirido”. El anterior decía, en lo que nos interesa: “cuando de buena fe se edificare con materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho para hacer suya la obra, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante de buena fe, sin que este pueda destruir lo que hubiese edificado no consintiéndolo el dueño del terreno”.

El Código Civil francés, por su parte, en el art. 553 dice: “todas las construcciones [...] y obras sobre un terreno o en su interior se presumen que fueron hechas por el propietario a su costa, si no se prueba lo contrario...”. Y según el art. 555, cuando las construcciones y obras han sido hechas por un tercero y con materiales pertenecientes a este último, el propietario tiene derecho a conservarlas u obligar al tercero a retirarlas. Si el propietario exigiera la supresión de las obras, esta será llevada a cabo a costa del tercero, que puede ser condenado a pagar los daños eventualmente sufridos por el propietario. Si este prefiere conservarlas, deberá reembolsar al tercero, sea en una suma igual a la del mayor valor adquirido por la propiedad o a la del costo de los materiales y la mano de obra estimada a la fecha del reembolso, teniendo en cuenta el estado en que se encuentran esas obras y construcciones.

En el mismo sentido, el art. 358 del Cód. Civil español es más breve y explícito: “Lo edificado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos”.

Pero los Códigos mencionados carecen de un equivalente al art. 936, inc. 4º, del Cód. Civil italiano: “El propietario no puede obligar al tercero a quitar [...] las construcciones u obras cuando fueron hechas con su conocimiento o hechas por el tercero en buena fe”.

La accesión, obviamente, también existe en el derecho anglosajón, entendida como la adquisición de la propiedad sobre una cosa mediante su conversión en otra diferente por medio del trabajo sobre ella o por su incorporación mediante su unión con otra. Sin embargo, el derecho estadounidense no se preocupa tanto por el medio al que la cosa se fija o adhiere, sino por el modo en el que esa anexión o accesión tiene lugar ³⁸.

De este modo, si la cosa accesoria no puede ser identificada y separada sin daño a la cosa original, el propietario de esta se convierte en propietario

³⁸ CARRON, Louise, “Street Art: Is Copyright for “Losers©TM”? — A Comparative Perspective on the French and American Legal Approach to Street Art” en *New York State Bar Association*, disponible en <https://nysba.org/street-art-is-copyright-for-losers-a-comparative-perspective-on-the-french-and-american-legal-approach-to-street-art/>.

de ambas ³⁹. Este principio fue aplicado en un caso ocurrido en Inglaterra, en el que una obra de Banksy fue declarada como perteneciente al locador y no al locatario del edificio, que la había despegado de la pared para venderla en una subasta ⁴⁰. La misma solución fue aplicada en el caso de una obra de Keith Haring realizada en un centro juvenil de Nueva York: fue “despegada” del muro para ser vendida por la iglesia propietaria del inmueble en casi cuatro millones de dólares. Medía 25 metros de largo, se extendía sobre 10 grandes baldosones e incluía muchas de las figuras emblemáticas de Haring.

Distintos y mucho más frecuentes son los casos que surgen cuando la obra es realizada sin permiso o autorización del titular del inmueble utilizado como soporte. Pueden faltar, en rigor, dos tipos de autorizaciones, y esto puede ocurrir acumulativamente: (a) la autorización del titular del soporte y, además, (b) la del titular de los derechos intelectuales si la imagen incorporada a ese soporte es obra de un tercero (como podría ocurrir cuando el artista reproduce una imagen de otro artista o imágenes de personas físicas).

(a) En el caso más habitual de falta de autorización del propietario del inmueble, la regla general (como en el caso de las obras llevadas a cabo con autorización del propietario del soporte) es que el titular de este pasa a ser titular de la obra, y al artista le corresponderá la propiedad intelectual sobre aquella.

Pero si el artista es de mala fe, según el art. 1962 del Cód. Civ. y Com., el dueño del inmueble puede exigirle que reponga la cosa al estado anterior a su costa, “a menos que la diferencia de valor sea importante, en cuyo caso debe el valor de los materiales y el trabajo, si no prefiere abdicar su derecho con indemnización del valor del inmueble y del daño”. En la versión de Vélez, el derogado art. 2589 decía: “Si se ha edificado [...] de mala fe en terreno ajeno, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante [...]. Pero si quisiere conservar lo hecho, debe el mayor valor adquirido por el inmueble”.

Según el derecho español, que resulta más claro al respecto: “El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno pierde lo edificado, plantado

³⁹ 1 Am. Jur. 2d Accession and Confusion § 1: “Un método para la adquisición del derecho de dominio es a través de la accesión artificial, que puede ser definida como el derecho de dominio que se adquiere ya sea como resultado del propio trabajo sobre una cosa, por la mejora de esta o por su adición o combinación con otra cosa propia o de propiedad de un tercero. La especificación comprende el caso de quien, mediante su trabajo o habilidad, crea una cosa nueva a partir de la cosa de un tercero, como cuando el mármol es convertido en una estatua o una tela convertida en un vestido. Se lo llama generalmente “accesión por el trabajo o la habilidad”. Aquí no queda nada de la cosa original y una cosa nueva se crea. La accesión o adjunción ocurre cuando dos o más cosas que pueden distinguirse una de otra se unifican en una sola y el nuevo producto se identifica con sólo una de las cosas preexistentes. La especificación es la combinación de dos cosas similares que no pueden ser diferenciadas y cuya sustancia es del mismo tipo que la de las cosas preexistentes».

⁴⁰ *The Creative Foundation v. Dreamland Leisure Ltd.*, 11 Sep. 2015 [2015] EWHC 2556 (Ch). El caso involucró una obra llamada “Art Buff”; véase NEGRI, Juan Javier, “Banksy y el constante desafío del arte callejero” en *Dos Minutos de Doctrina* XVII:899, 6 octubre 2020.

o sembrado, sin derecho a indemnización” (art. 362). En cambio, en el derecho italiano, la remoción solo puede ser exigida dentro de un plazo de seis meses de haber tenido noticia de la incorporación de la obra al soporte (art. 936, Cód. Civil).

Dada la relevancia del concepto de adhesión, en algunos países de derecho anglosajón hay artistas que la evitan, reutilizando la suciedad de la pared como materia prima (como quien escribe con el dedo sobre un cristal empañado) para evitar que se entienda que hubo adhesión o fijación. A este proceso (que permite eludir posibles sanciones penales y discusiones con los propietarios del soporte) se lo llama *reverse graffiti*, *clean tagging* o “graffiti ecológico”⁴¹.

(b) Un segundo caso de falta de consentimiento existe cuando está ausente la autorización del artista cuya obra es reproducida por un artista callejero. En principio, habrá una violación del derecho de autor del artista cuya obra fue reproducida sin permiso, a menos que (i) los derechos de este ya no se encuentren bajo el dominio privado por haber transcurrido el plazo de protección legal, o (ii) se trate de un caso de “apropiacionismo”, esto es, que la nueva obra pueda considerarse autónoma con respecto a la anterior y constituye una “desviación semántica”, como diría Jacques Derrida.

9. OTRAS ALTERNATIVAS: LA *DICATIO AD PATRIAM* Y LA *EQUITABLE DIVISION*

En Italia ha surgido recientemente la doctrina según la cual la tolerancia del propietario a la exhibición pública de un mural sobre un soporte de su propiedad constituye una *dicatio ad patriam*, es decir, la constitución de una servidumbre administrativa por parte de dicho propietario: en otras palabras, la puesta a disposición de un bien privado para la satisfacción de exigencias colectivas con carácter de permanencia, esto es, no de carácter precario ni en virtud de una mera tolerancia.

La así llamada *dicatio ad patriam* como modo de constitución de una servidumbre de uso público sobre un bien privado consiste en el comportamiento del propietario que, aun cuando no esté dirigido intencionalmente a dar vida a un derecho al uso público, pone voluntariamente y con carácter continuo (no precario) un bien propio a disposición de la colectividad, permitiendo su uso (lo que perfecciona su existencia) sin que sea necesario acto negocial alguno, para satisfacer una exigencia común de los miembros de esa colectividad *uti cives*, independientemente de los motivos por los cuales se adopte ese comportamiento, de su espontaneidad o del espíritu que lo anima⁴².

⁴¹ Véase la definición en https://es.wikipedia.org/wiki/Graffiti_ecol%C3%B3gico.

⁴² La jurisprudencia italiana se ha referido al instituto en varios fallos: Cass. Civ., Sez. II, sent. n. 12167 del 12.08.2002; Sez. II, sent. n. 7481 del 04.06.2001; Cass. Civ., Sez. II, sent. n. 10574 del 10.12.1994; Cons. Stato, Sez. V — sentencia del 24 de mayo 2007 n. 2618.

Según la doctrina, para la constitución de la servidumbre de uso público no es suficiente la mera utilización de hecho del bien en cuestión por parte de terceros distintos del propietario. Es necesario además: (a) que el bien haya sido puesto a disposición del uso del público en general, sin diferencias ni discriminaciones; (b) que el público haga efectivamente uso de él; y (c) que el uso, más que deberse a la mera tolerancia del titular del derecho, se prolongue en el tiempo más allá del plazo de usucapión⁴³.

Nótese que el análisis de la *dicatio ad patriam* debe ser efectuado sobre la hipótesis referida al derecho del propietario del inmueble usado como soporte y sobre la base de las estipulaciones referidas al plazo de usucapión. Por consiguiente, las consideraciones anteriores no resultarían aplicables al propietario intelectual de la obra de arte, que sigue siendo el artista, como se discutirá más adelante, a menos que exista de su parte una renuncia expresa a un derecho propio.

Habría así un acto de abandono por parte del artista. Agustín Gordillo quizás la consideraría “una mera restricción”, antes que una servidumbre, como las que se imponen a las obras de arte que quieren salir del país cuando se exige que se haga una primera oferta de ellas a compradores locales.

En los Estados Unidos, se ha sugerido que es injusto que la propiedad de la obra de arte recaiga sobre el propietario del inmueble únicamente, por lo que se propone lo que se ha dado en llamar una división equitativa (*equitable division*). El concepto no es del todo ajeno a nuestro derecho continental: ¿acaso no hay una “división equitativa” entre propietarios ribereños en los casos de acrecentamiento aluvional a lo largo de varios inmuebles, de acuerdo con el art. 1959 del Cód. Civ. y Com., o con respecto a los animales salvajes?

Creemos, sin duda al respecto, que un mural adosado a una pared medianera no puede ser objeto de un derecho *real* separado del derecho real del propietario de esa pared. En otras palabras, el propietario del inmueble no podría vender la obra de arte sin desprenderse también del inmueble, ni el artista podría transferir la propiedad del mural sin transferir la propiedad sobre el soporte. La patente obviedad de lo dicho, sin embargo, ha chocado con la praxis en ciertos casos a los que nos referiremos más adelante.

Como hemos dicho, la realización de una obra de arte callejero llevada a cabo sin el consentimiento del propietario del soporte tiene además consecuencias bajo el derecho penal, pues podría constituir el delito de daño. Es por eso que en muchas circunstancias algunos jueces han considerado a los artistas callejeros más como vándalos que como artistas. En ese sentido, un juez italiano ha establecido que cualquier intervención humana que modifique la estética de un bien contra la voluntad de su propietario, público o privado, configura un delito pasible de sanción, aun cuando el autor goce de fama o prestigio, merecido o no. Excepciones ocasionales a esta regla han ocurrido en algunos casos en los

⁴³ Consejo de Estado, sec. V, 21 junio 2007, n. 3316).

que el inmueble al que se adhirió la obra estaba ya en ruinas. Así, por ejemplo, Manu Invisible, un artista callejero italiano, fue absuelto de la acusación de vandalismo sobre un edificio de Milán no solo porque la fachada del inmueble había sido pintada por otros artistas con anterioridad, sino porque su intervención había embellecido el lugar y su prestigio era indudable ⁴⁴.

Hay, sin embargo, decisiones en contrario, como un caso de 2016 en Bolognia en el que el juez resolvió condenar penalmente a una artista con el argumento de que el tipo penal de daño se configura aun cuando el soporte tuviera evidencias de degradación o de leyendas o pinturas anteriores. Incluso se ha argumentado que la represión penal, en esos casos, viola la libertad de expresión.

Obviamente, los conflictos que pueden suscitarse entre el propietario del inmueble que opera de soporte a la obra de arte callejero y el artista encontrarán, como punto de partida para su solución, la disposición del art. 1866 del Cód. Civ. y Com.: “el derecho real atribuye a su titular la facultad de [...] hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente”.

10. LOS DERECHOS INTELECTUALES SOBRE EL ARTE CALLEJERO

Además de los derechos de propiedad sobre la obra de arte callejero (a veces dudosos, como se ha visto), también existe un derecho intelectual en cabeza del artista y, como tal, protegido. Ello es así porque a pesar de que muchas de las obras de *street art* estén plasmadas en la vía pública o sobre bienes privados y *cualquiera sea la solución relativa a la propiedad sobre el soporte, en nuestra opinión existe un derecho intelectual del autor sobre la obra de arte callejero, salvo que contractualmente se haya previsto lo contrario.*

Bajo las normas de propiedad intelectual de la mayoría de los países, la ley garantiza la propiedad intelectual de una obra a su autor (y los consiguientes derechos económicos y morales) por el mero hecho de su creación y siempre y cuando esta sea original (en algunas jurisdicciones, como los Estados Unidos, se requiere como requisito adicional el registro de la obra).

Creación. No es este el lugar para efectuar un análisis acerca de si los conceptos de “creación” del derecho continental y de *fixation* (fijación) del derecho anglosajón son idénticos. Pero ambos parecen tener en común la característica de proteger la obra de arte solo en cuanto esta sea algo más que una mera idea y existe como un medio de expresión tangible, susceptible de ser percibido, comunicado o reproducido: “al adoptar una forma sensible, esta manifestación [la obra de arte] es la obra protegida, pero no la idea contenida en la misma” ⁴⁵.

⁴⁴ Suprema Corte (*Cassazione penale*, sez. IV, 5 abril 2016 n. 16371).

⁴⁵ LIPSZYC, Delia, *Régimen legal de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Depalma, 2019, p. 64.

Según la doctrina estadounidense, el carácter muchas veces efímero del arte callejero no es un obstáculo para su protección como propiedad intelectual ⁴⁶. Pero el criterio jurisprudencial ha sido oscilante al respecto, puesto que en el caso de un reclamo acerca de la propiedad intelectual sobre el diseño de un jardín se sostuvo que no existía tal fijación ⁴⁷, mientras que en otro caso el carácter temporario (no ya efímero) del arte callejero no fue obstáculo para reconocer la propiedad intelectual del autor ⁴⁸. Se trata, en definitiva, de una cuestión a resolverse caso por caso.

Originalidad. Esta característica (que, en rigor, la ley argentina no exige explícitamente) se refiere a la exigencia de que la obra “trasunte una labor intelectual creadora que lleve el sello del autor”, como lo ha señalado la jurisprudencia de nuestro país ⁴⁹ y la de los Estados Unidos ⁵⁰; es decir, que la obra haya nacido de su autor, como una creación independiente, con un mínimo de creatividad. La originalidad sí aparece mencionada en las legislaciones de otras jurisdicciones, pero no constituye un estándar demasiado exigente ⁵¹.

Sin embargo, en el caso particular del arte callejero, la jurisprudencia francesa ha exigido que la obra, para ser original, debe “exceder los estereotipos de un género artístico” ⁵².

A pesar de que la ley argentina no cite expresamente el arte urbano en su enumeración de obras plásticas, en la medida en que exista creación y originalidad, las obras de arte callejero estarán protegidas por el plazo establecido por el art. 5º de la ley 11.723, esto es, durante la vida de su autor más setenta años desde el 01 de enero del año siguiente al de la muerte del artista ⁵³.

⁴⁶ CARRON, Louise, *op. cit.*

⁴⁷ *Kelley v. Chicago Park Dist.*, 635 F.3d 290, 303 (7th Cir.), 2011.

⁴⁸ *Cohen v. G&M Realty L.P.*, 988 F. Supp. 2d 212 (E.D.N.Y. 2013); véase NEGRI, Juan Javier, “Grafiteros de Nueva York” en *Dos Minutos de Doctrina*, XV:728, 23 febrero 2018.

⁴⁹ “Rocha c. Frigorífico Armour”, CNCiv. (A), LL 101:413, entre otros.

⁵⁰ Véase el clásico caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 111 S.Ct. 1282 (1991) en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que la mera información, sin un mínimo de creatividad original, no está protegida por derechos de autor. (El caso trataba acerca de la información contenida en una guía telefónica que era copia de otra).

⁵¹ HUNTER, Dan, *Intellectual Property*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 33, citado por CARRON, Louise, *op. cit.*

⁵² En el caso “Samsung”, el Tribunal de Apelaciones de París, 7 mayo 2014, no. 13/06889 sostuvo que el conjunto de obras de arte callejero cuya originalidad se discutía «s’inspire d’une idée artistique répandue dans le mouvement d’art urbain dit aussi «Street art», visant notamment à anthropomorphiser les objets pour en transmuter la banalité de manière poétique, humoristique, onirique, comme l’ont fait beaucoup d’autres artistes depuis plusieurs années» y le negó originalidad. Para colmo, la supuesta víctima de la copia no autorizada reconoció «la proximité de leurs deux univers artistiques, en écrivant notamment: «nous venons de la même planète ou peut-être étions-nous jumelles ou sœurs dans une autre vie”», de sorte que le risque de confusion, loin d’avoir été sciemment recherché, apparaît être le résultat d’une inspiration et d’une thématique communes aux deux artistes, que chacune développe avec son propre savoir-faire». Disponible en <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2014/RC916B06BFB97C149AB07>.

⁵³ LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

Esto significa, en la práctica, que los derechos exclusivos de explotación de la obra de arte callejero antes del vencimiento de ese plazo corresponderán al artista. Por consiguiente, durante el plazo mencionado, los autores podrán autorizar o prohibir la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de su obra. La naturaleza de estos derechos exclusivos tiene un componente económico, ya que permite al autor recibir una remuneración por la cesión de cualquiera de ellos.

Pero cuando se trata de obras realizadas sin permiso, cabe plantearse si el artista tiene o no un derecho intelectual sobre la obra cuando esta, en realidad, ha surgido como consecuencia de la comisión de un delito penal, como el de daño. Los latinos decían: *ex turpi causa non oritur actio*: “de una causa fundada en la ilegalidad no surge acción alguna”. Los casos son numerosos y el debate permanece abierto en numerosas jurisdicciones.

Hay quienes sostienen que el derecho de autor nace de todas maneras, no obstante las posibles sanciones que otras normas puedan aplicar. Esta teoría es, en nuestra opinión, la aplicable en la Argentina, puesto que la Ley de Propiedad Intelectual no exige presupuesto de legalidad alguno para proteger la creación intelectual, de acuerdo con el art. 1º de la ley 11.723.

Bajo la legislación, la doctrina y la jurisprudencia argentinas, la diferencia entre obra y soporte material es clara: unánimemente se sostiene que “es un error identificar una obra intelectual con los medios de expresión, realización o exteriorización”⁵⁴. Esta conclusión permite sostener que, en nuestra opinión, el artista, aun cuando hubiera realizado una obra sin autorización del propietario del soporte, es titular de los derechos intelectuales y morales sobre la obra.

La misma solución es alcanzada por el derecho italiano: bajo la ley respectiva⁵⁵, es irrelevante si el soporte sobre el cual se fija la obra es lícito o ilícito. El art. 1º de esa norma protege “todas las obras del ingenio de carácter creativo que pertenezcan a la literatura, la música, las artes figurativas, la arquitectura, el teatro y la cinematografía, cualquiera sea el modo o la forma de expresión”. No existe, por consiguiente, referencia alguna a la necesidad de la licitud del *corpus mechanicus* (o soporte), por lo que el artista que crea una obra sobre soporte ajeno conserva todos los derechos intelectuales (económicos como morales) reconocidos por la ley.

Al respecto, la doctrina italiana ha reiterado que “conviene recordar que el derecho de autor acuerda protección aun a las obras que son el resultado de una acción ilícita”⁵⁶. En el mismo sentido, la jurisprudencia italiana, desde 1957,

⁵⁴ “*The Walt Disney Company c. Video Editores*”, CNCiv. (H), 8 abril 1998; LL 1998-D:497; LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁵ Ley 633 de 1941.

⁵⁶ RICCIO, Giovanni Maria, “Street art, leggi e tutela” en *Artribune*, 13 junio 2019, disponible en <https://www.artribune.com/professionisti-professionisti/diritto/2019/06/street-art-leggi-tutela/>.

sostiene que la licitud de la obra no es un requisito para la tutela de los derechos del autor.

La jurisprudencia francesa, a partir del caso “Gufa”⁵⁷ (referido a la falsificación de videos pornográficos), también ha llegado a la misma conclusión.

No obstante las soluciones aportadas por sistemas jurídicos como los señalados, no todas las legislaciones reconocen la existencia de derechos intelectuales sobre las obras de origen ilícito. Por eso, se ha dicho que “aunque el grafiti y el arte callejero con frecuencia se concretan con permiso de las autoridades municipales y los propietarios de los edificios, esa actividad se originó ilegalmente y, en muchos casos, se la sigue llevando a cabo sin permiso. La ilegalidad constituyó uno de los aspectos definitorios y más atractivos del grafiti. Lamentablemente, mientras algunos países reconocen la validez de los derechos intelectuales sobre el grafiti a pesar de ser ilegal, otros no protegen las obras que sean consideradas ilegales o inmorales, por razones de orden público o doctrinas similares (como la *clean hands doctrine* de los Estados Unidos). Si bien la primera de las dos posiciones implica imponer una carga a las ‘víctimas’ del grafiti, parece necesario alcanzar un cierto equilibrio entre los derechos de las partes, incluso los del propietario del edificio de poder eliminar el grafiti o blanquear la pared que hace de soporte. Esto evitaría la explotación comercial no autorizada del arte callejero ilegal por terceros, que deja a los artistas sin compensación por el uso de sus imágenes. Por eso, es necesaria la protección de las leyes sobre propiedad intelectual sobre el arte callejero no autorizado”⁵⁸.

En los casos en que el propietario del soporte al que se incorpora la obra de arte callejero haya consentido o solicitado dicha incorporación, ello permitirá al autor tener una mejor posición a la hora de exigir el respeto a sus derechos de propiedad intelectual. Cuando la obra se realiza sin autorización, en cambio, exigir el respeto de dichos derechos puede resultar más complejo.

Bajo ciertas legislaciones, los derechos intelectuales sobre obras de arte en lugares públicos sufren ciertas limitaciones. Así, la Ley española sobre la Propiedad Intelectual dispone en su art. 35 (b): “Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales”. Ello es de aplicación al arte callejero. Por consiguiente, el artista urbano tendrá que tolerar que sus obras sean reproducidas, distribuidas o comunicadas libremente a través de fotografías, pinturas, dibujos o procedimientos audiovisuales. Es decir, implica que el autor no podrá limitar la reproducción de la obra en soportes habituales como fotografías, camisetas, postales, etcétera.

⁵⁷ *Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 28 septiembre 1999, 98-83.675, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007071588/>.

⁵⁸ WESTENBERGER, Paula, “Copyright protection of illegal street and graffiti artworks” en BONADIO, Enrico (ed.), *The Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti*, Cambridge University Press, 2019, p. 55.

Tampoco podrá impedir la viralización de imágenes de obras de arte callejero por medio de las redes sociales. Según las políticas establecidas por algunas de las redes sociales más utilizadas, al subirse imágenes de obras de arte se autoriza una licencia de uso sobre ellas.

La jurisprudencia española acerca de si el autor de una obra situada en un lugar público debe tolerar que se realicen dichas explotaciones por un tercero que busca obtener con ello un beneficio económico no ha sido clara. Cabe dejar sentado, sin embargo, que las sentencias existentes no tratan del *street art* como tal, sino de obras arquitectónicas situadas en la vía pública.

Por consiguiente, no existe colisión alguna (ni posibilidad de confusión) entre el derecho de propiedad del dueño del bien y los derechos de propiedad intelectual del autor. En otras palabras, el propietario del bien al que se incorpora la obra (por ejemplo, una pared en la que se integra un mosaico) tiene el derecho de mostrar el trabajo y vender la pieza, por ser el titular del soporte de la obra. El autor seguirá siendo creador de la obra y por ello se deberán siempre respetar sus derechos exclusivos económicos y morales, con la duración que antes hemos mencionado.

Como se ha dicho, aun en el caso de que la obra de *street art* haya surgido de la comisión de un delito, su autor conserva, en nuestra opinión, las prerrogativas del autor de una obra intelectual; por lo tanto, conservará el derecho a oponerse a las reproducciones no autorizadas hechas por otro artista, callejero o no.

Es obvio que el artista callejero tiene derecho a reproducir su propia obra, salvadas las dificultades prácticas que ello presenta por lo general. Sin embargo, la jurisprudencia extranjera inicialmente consideró que debía prevalecer el derecho de propiedad del propietario del soporte (después de todo, la obra era suya). En la actualidad, los fallos tienden a sostener que el consentimiento del propietario no es necesario, por lo que los conflictos entre artista y propietario tienden a incrementarse.

Ha habido varios casos jurisprudenciales recientes donde los tribunales han sostenido la posición clásica de que ciertas obras de arte, cuando repiten características de la obra de un tercero, constituyen plagio (o no merecen protección, como el caso “Samsung” ya mencionado)⁵⁹. Pero la jurisprudencia más moderna ha recurrido al concepto ya mencionado de la “deriva semántica” como elemento necesario para determinar la existencia o no de una copia servil.

Más allá de la reproducción no autorizada para fines comerciales o la creación de una nueva obra, otro aspecto interesante es el de la reproducción gratuita (esto es, sin fines de lucro) para uso didáctico o científico de ciertas obras de arte que están expuestas públicamente, dentro de lo que se ha llamado “la libertad de panorama”⁶⁰.

⁵⁹ Tribunal de Apelaciones de París, 7 mayo 2014, nro. 13/06889.

⁶⁰ Véase, entre otros, GÓMEZ FONTANILLS, David, “Libertad de panorama” en *Imagen y Lenguaje Visual*, Universitat Oberta de Catalunya, disponible en <http://multimedia.uoc>.

Dadas las particularidades de las obras de *street art*, debe tenerse en cuenta su carácter muchas veces efímero. Así, el Tribunal Supremo español, en un caso que llevó a la destrucción de un mural como consecuencia de una remodelación por cuestiones de seguridad, negó la existencia de una vulneración de los derechos morales de los autores. El Tribunal dijo que “dadas las características de la obra, inseparable de su soporte, aunque reproducible con base en los bocetos, su duración queda sujeta al del elemento en que se plasma, por lo que no nace con vocación de perennidad, sino con una vida efímera”⁶¹.

11. LOS DERECHOS MORALES SOBRE EL ARTE CALLEJERO

Además de las consecuencias económicas o patrimoniales de los derechos intelectuales, el autor de la obra de arte callejero gozará de los derechos morales sobre ella, surgidos de las disposiciones del art. 6º bis de la Convención de Berna (y, en menor medida, de la propia Ley de Propiedad Intelectual argentina)⁶². Estos derechos morales protegen la personalidad del autor a través de su obra, es decir, no tienen un carácter patrimonial. Incluyen el derecho de paternidad (que, en su faz positiva, obliga a mencionar siempre el nombre del autor y, en su faz negativa, permite al artista rechazar una falsa atribución de paternidad) y el derecho a la integridad de la obra (impide que la obra sea alterada ocasionando un perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabando su reputación).

Los derechos morales son perpetuos, no cesibles e irrenunciables y pueden también ser reivindicados por los herederos del autor.

Como ya se mencionó, al menos bajo la legislación argentina, surgen de la propia Ley de Propiedad Intelectual, y en casi todo el mundo y con más claridad, del art. 6º bis de la Convención de Berna, de la que la Argentina es parte. Diego Perrotta, el artista cuyo mural “El matasiete y los guardianes” (2011) fue blanqueado en Tecnópolis en 2016⁶³, tendría acción contra el Estado argentino por la destrucción de sus obras.

En el caso de obras de arte callejero realizadas con autorización del propietario del soporte, va de suyo que la autorización debería incluir también el permiso otorgado por el artista para la remoción o modificación de la obra, pero no una renuncia al derecho moral, pues, como se ha dicho, se lo considera irrenunciable.

edu/blogs/ilv/es/sobre-propiedad-intel%C2%B7lectual/libertad-de-panorama/. También “Libertad de panorama otro sorprendente abuso del copyright” en <https://derechoaleer.org/blog/2011/09/libertad-de-panorama-otro-absurdo-del-copyright.html>.

⁶¹ Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Sentencia 1082/2006, 6 noviembre 2006, Rec. 471/2000).

⁶² Art. 52, ley 11723; LIPSZYC, Delia, op. cit., p. 351.

⁶³ Autor desconocido, “Del artista Diego Perrotta. Afirman que el mural tapado en Tecnópolis estaba descascarado” en *Clarín* Buenos Aires, 31 julio 2016, en https://www.clarin.com/cultura/afirman-mural-tapado-tecnopolis-descascarado_0_r1oaH-h_.html.

Entre los derechos morales está el derecho a la integridad. En consecuencia, el propietario del soporte no tendrá derecho a añadir elementos creativos a la obra del autor por tratarse de una transformación que debe autorizar el autor. Claramente, la situación de ilegalidad de la obra realizada sobre inmueble ajeno constituye un obstáculo práctico para la defensa de aquella integridad frente a los derechos del propietario. En efecto, de acuerdo con el art. 2506 del Cód. Civil argentino de 1869 (hoy el art. 1941 del Cód. Civ. y Com.), el dominio perfecto otorga la facultad de usar, gozar y disponer de la cosa. En ejercicio de ese derecho de disposición, el propietario tendría derecho a eliminar las obras colocadas sobre la fachada de su propiedad.

La doctrina italiana⁶⁴ ha resaltado que “la destrucción material [de la obra de arte callejero] como normalmente ocurre en ocasión de la demolición del edificio que la incorpora o en el caso más raro en que aquella deja de agradar al propietario del bien al cual está adherida plantea cuestiones absolutamente particulares. Quienes sostienen la tesis de que, al tratarse de una obra de naturaleza efímera, la destrucción no configura una lesión al derecho [moral] del autor, hacen notar que la ‘destrucción’ es algo distinto de la ‘deformación, mutilación u otra modificación’ específicamente prohibida por el art. 20 de la Ley [italiana] de Derechos de Autor. Otros sostienen en cambio la tesis opuesta. Una diferencia de opiniones que, objetivamente, es difícil de dirimir. Es dudosa, en efecto, la posibilidad de que el derecho del autor del mural pueda pretender tutela frente a la posible destrucción. No existe, efectivamente, en nuestro ordenamiento (como sí ocurre en los Estados Unidos), una regla que discipline la situación mediante normas que tengan como objetivo crear un vínculo entre propietario y artista, que pueda evolucionar hacia una solución acordada entre ambos”.

El autor citado se refiere a la *Visual Artists Rights Act* (“VARA”)⁶⁵, un intento del legislador estadounidense de introducir en ese país los conceptos de derechos morales que recepta la Convención de Berna, con una técnica depurada que ha sido motivo de elogio⁶⁶.

Bajo VARA se reconoce al artista el derecho a la integridad de la obra, que no puede ser destruida por el propietario del soporte en la medida en que su remoción sea posible. Bajo VARA, el propietario está obligado a comunicar al autor de la obra su intención de destruir o modificar la obra o, al menos, de probar que ha intentado individualizarlo y notificarlo. El autor, una vez notificado, tiene un plazo de noventa días para la remoción a su costa. Vencido ese término, el propietario queda en libertad de destruir la obra en cuestión. Obviamente, el anonimato del artista es un obstáculo mayúsculo para llevar adelante este procedimiento.

⁶⁴ CINELLI, Maurizio, *op. cit.*

⁶⁵ § 106A U.S. Copyright Act.

⁶⁶ Véase NEGRI, Juan Javier, “El dilema de Landet (ensayo sobre la destrucción de la obra de arte y sus aspectos jurídicos)” en *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2015.

Existen numerosos casos en los que obras de *street art* fueron removidas de su soporte original, sin consentimiento del artista, para ser expuestas en muestras o exposiciones. A esta circunstancia se la llama “museificación” o “galerización”: esto es, la exposición de obras de arte callejero en ambientes que los propios artistas rechazan, con el argumento de que su vocación artística descarta la formalidad de cierto tipo de actividad expositiva.

La museificación ha sido muy criticada por los artistas callejeros (y por algunos medios y críticos de arte). El argumento de que la transferencia a lugares cerrados de obras concebidas para ser visibles por el público en lugares abiertos vulnera los derechos morales del artista ha tenido algún respaldo jurisprudencial, a partir de un caso italiano en el que se sostuvo que la transferencia de una escultura (diseñada para un lugar específico) a otro distinto afectaba el derecho a la integridad⁶⁷. La jurisprudencia francesa ha opinado en el mismo sentido, en la medida en que “el espíritu de la obra de arte esté vinculado al sitio originario donde la obra fue instalada”⁶⁸.

12. EL ARTE CALLEJERO Y LA PUBLICIDAD

Hay numerosos casos de avisos publicitarios filmados en espacios abiertos, donde aparecen (voluntaria o involuntariamente) murales de artistas callejeros y sus autores han planteado la violación de sus derechos intelectuales. Algunos han dado lugar a casos judiciales en el extranjero. Mencionaremos algunos de ellos.

En 2014, David Anasagasti, un pintor callejero de origen cubano, residente en el estado de Florida en los Estados Unidos (conocido bajo el seudónimo Aholsniffsglue), demandó a American Eagle Outfitters por atribuir a terceros algunos de sus murales. Los carteles publicitarios de la demandada (distribuidos en todo el país y en el extranjero) incluían fotografías de un joven con una lata de pintura en aerosol frente a “Ocean Grown”, una obra de Anasagasti. Este demandó por violación de sus derechos de autor. Las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial favorable al artista⁶⁹.

⁶⁷ Tribunal de Turín, 25 mayo 2009, citado por NEGRI-CLEMENTI, Gianfranco “L’arte e il diritto d’autore”, en NEGRI-CLEMENTI, Gianfranco (ed.), *Il diritto dell’arte, L’arte, il diritto e il mercato*, Milán, Skira, I:61.

⁶⁸ *C. Baldaccini c. Soc. Slyci*, Tribunal Comercial de Lyon, 28 abril 1997. El caso ha sido citado en sentido contrario (Ver *Salokannel, M. y Strowel, A.*, “Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology”⁰ FINAL REPORT Study contract n° ETD/99/B5-3000/E°28, abril 2000, disponible en <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.179.2821&rep=rep1&type=pdf>).

⁶⁹ SUÁREZ DE JESÚS, Carlos, “Aholsniffsglue, American Eagle Outfitters reach settlement in copyright lawsuit” en *Miami New Times*, 2 diciembre 2014, disponible en <https://www.miaminewtimes.com/arts/aholsniffsglue-american-eagle-outfitters-reach-settlement-in-copyright-lawsuit-6497593>.

En cualquier jurisdicción de derecho continental, seguramente Anasagasti podría haber demandado por violación del derecho moral a reivindicar la obra como propia, derecho reconocido por el art. 6º bis de la Convención de Berna. Como, no obstante la sanción de VASA, los Estados Unidos no han incorporado plenamente ese principio, la alternativa de demandar por violación del derecho de autor seguramente resultó más sencilla.

En otro caso, en octubre de 2018, en los Estados Unidos, General Motors LLC llegó a un acuerdo con varios artistas callejeros cuyos murales (que decoraban las paredes exteriores de un garaje, con permiso del propietario de este) aparecieron como fondo de una fotografía publicitaria de un automóvil Cadillac.

Los artistas se quejaron ante la justicia del Estado de California de que la inclusión de sus obras en el sitio web de aquella empresa constituía una violación a sus derechos de autor ⁷⁰. La demandada alegó que la Ley de Propiedad Intelectual contiene una excepción (añadida en 1990 bajo la *Architectural Works Copyright Protection Act*, sancionada como parte del proceso de incorporación de los Estados Unidos al sistema de la Convención de Berna iniciado en 1989) que permite la libre reproducción sin pago de derechos de imágenes de obras incorporadas a inmuebles. El tribunal, en una sentencia interlocutoria, consideró que esa defensa era inaplicable ⁷¹.

Nos apresuramos a aclarar que en la Argentina la ley es distinta: si bien las normas respectivas protegen, entre otras, a "... las obras de arquitectura" en cuanto tales, no hay una regulación expresa acerca de sus imágenes (más allá del principio general de protección de la obra del fotógrafo) ni tampoco hay norma alguna relativa a las obras de arte incorporadas a las obras de arquitectura.

El punto de vista del tribunal californiano merece cierto análisis. La *Architectural Works Copyright Protection Act* otorgó protección a las obras arquitectónicas que no calificaran como "obras de arte". Antes de la sanción de esa ley, bajo la llamada "doctrina de la separabilidad conceptual", solo merecían protección legal desde el punto de vista de los derechos intelectuales los sectores o porciones de los edificios que no tuvieran uso funcional o utilitario (por ejemplo, sus ornamentos). Con posterioridad a la sanción de esa ley, se otorgó, como dijimos, protección a las obras arquitectónicas, pero con una excepción: la llamada "excepción de la representación pictórica" ⁷², según la cual "los derechos

⁷⁰ US District Court Central District of California, Civil Minutes, *Falkner v. General Motors LLC*, General Case No. 2:18-cv-00549-SVW-JPR, 17 septiembre 2018.

⁷¹ GHAJAR, Bobby; PETERSON, Marcus y GALICKI, Alexander, "Copyright Rulings Reveal Evolving Protection For Street Art", 12 de mayo 2020, en *Law 360*, disponible en <https://www.cooley.com/-/media/cooley/pdf/reprints/2020/2-copyright-rulings-reveal-evolving-protection-for-street-art.ashx#:~:text=Los%20Angeles%3A%20Falkner%20v.&text=GM%20posted%20them%20to%20its,promote%20the%20new%20Cadillac%20XT5.&text=The%20court%20denied%20GM's%20motion,Warner%20Bros.%20Entertainment%20Inc>.

⁷² Title 17 of U.S. Code Section 120(a).

de autor sobre una obra arquitectónica ya construida no incluyen el derecho a impedir la distribución o exhibición pública de fotografías, pinturas, dibujos u otras representaciones pictóricas de dicha obra cuando el edificio en el cual la obra está incluida esté situado en un lugar público o sea visible desde este”.

La pregunta que se formuló el tribunal fue si luego de la sanción de la *Architectural Works Copyright Protection Act* continuaba vigente la doctrina de la separabilidad conceptual, de modo tal que la reproducción de la imagen del edificio, si capturaba o incluía un mural o cualquier obra de arte colocada en su exterior, violaba los derechos intelectuales del artista (o si, por el contrario, quedaba subsumida en la excepción de la representación pictórica y, por lo tanto, la obra pictórica quedaba exenta de protección). El tribunal entendió que, como el mural era posterior al edificio, su autor había tenido plena libertad de expresión para pintar lo que quisiera y la obra de arte no tenía uso funcional alguno, por lo que carecía de conexión razonable con la obra arquitectónica subyacente. Ante la solidez del argumento, las partes llegaron a un acuerdo antes de la sentencia definitiva. Fue obvio que el juez compartía el punto de vista según el cual los artistas eran dueños del derecho a la imagen de sus obras.

El caso “Mercedes Benz v. Lewis”⁷³ se refirió a una campaña publicitaria iniciada en enero de 2018 por la actora para promover un lujoso vehículo de su fabricación (el modelo *off road* G 500 SUV). La empresa usó un slogan que decía: “Este legendario todo terreno está siempre listo para llevarte a una nueva y compleja experiencia urbana”. La campaña gráfica incluyó una serie de fotos del auto en cuestión atravesando el Eastern Market, un barrio de Detroit donde la mayoría de las paredes están cubiertas por murales multicolores realizados con autorización de sus respectivos propietarios. Obviamente, las fotos incluyeron varios de esos murales. Las imágenes fueron incluidas en la página publicitaria de Mercedes Benz en Instagram.

Ante la queja de los artistas acerca de la violación de sus derechos intelectuales, la empresa presentó una demanda declarativa ante los tribunales del Estado de Michigan con el argumento de que la excepción de la representación pictórica no protegía a los artistas.

Estos respondieron a la demanda diciendo que, si la justicia diera la razón a Mercedes Benz, “se destruiría el derecho de los artistas sobre las imágenes de sus obras” y “las empresas estarían autorizadas a usar y explotar los murales para vender sus productos, sin necesidad de compensar a los artistas o de solicitarles permiso”.

La municipalidad de la ciudad de Detroit, que financió el programa de renovación urbana bajo el cual se pintaron los murales, tomó posición a favor de los artistas.

El tribunal rechazó las excepciones de los artistas; decidió que, en principio, Mercedes Benz tenía derecho a explotar las fotografías de los edificios

⁷³ *Mercedes Benz USA, LLC v. Lewis*, 2019 WL 4302769 (E.D. Mich. Sept. 11, 2019).

visibles públicamente y decidió resolver sobre el fondo de la cuestión. El caso continúa abierto.

Sobre la base de ambos precedentes, la doctrina estadounidense ha señalado la dificultad de resolver estos casos como “de puro derecho”, ante la necesidad de determinar caso por caso si la “excepción de la representación pictórica” es aplicable. Ello ha llevado a que en muchos casos las partes lleguen a acuerdos extrajudiciales.

Pero existe un factor adicional de naturaleza extrajurídica que debe ser tenido en cuenta cuando se analiza la oportunidad, mérito y conveniencia de plantear la ilegalidad de estas cuestiones: más allá del valor jurídico de los argumentos que esgriman las partes, ha quedado demostrado que las demandas judiciales contra los artistas callejeros tienen un tremendo efecto negativo sobre la imagen pública de las empresas que las promueven. En varias ocasiones, el rechazo a pagar derechos a los artistas callejeros por la reproducción no autorizada de sus obras ha generado una reacción perjudicial tanto en los medios de prensa como en el público ⁷⁴.

Ese fue el caso de la empresa sueca H&M, que, ante una carta de queja del artista callejero Jason Williams (un muralista que responde al seudónimo “Revok”, activo en Los Ángeles) por el uso no autorizado de sus imágenes en una campaña publicitaria de una nueva línea de ropa deportiva, solicitó una sentencia declarativa que estableciera el carácter ilícito de aquellas. A diferencia de los dos casos anteriores (General Motors y Mercedes Benz), aquí se trataba de imágenes de obras realizadas sin el consentimiento del propietario del soporte.

Las imágenes fueron tomadas en una cancha de *handball* en Williamsburg, Brooklyn, una zona de la ciudad de Nueva York conocida por la cantidad y calidad de sus murales.

La demanda de Williams fue respondida por H&M con una contrademanda, en la que se sostenía que las supuestas obras de arte no eran más que el resultado de “una conducta delictiva vandálica” y que la protección de las leyes sobre derechos de autor no podían alcanzar a “obras creadas ilegalmente”.

Más aún: H&M sostuvo que, al pedir permiso a las autoridades municipales para tomar las fotografías en la cancha de *handball* y preguntar si se necesitaría el permiso del artista cuyo mural aparecería en ellas, las autoridades respondieron que “el grafiti en la cancha no estaba autorizado y que constituía un acto vandálico contra bienes de propiedad de la Ciudad de Nueva York”.

H&M debió enfrentar una reacción negativa tanto de la comunidad artística como, lo que es peor, de parte de los consumidores. Ello la forzó a llegar a un acuerdo con varios artistas a los que se había negado a pagar derechos y a

⁷⁴ DAALDER, Marc, “In settlement, Revok and H&M pledge donations to Detroit arts groups” en Detroit Free Press, 6 de septiembre de 2018, disponible en <https://www.freep.com/story/news/local/michigan/detroit/2018/09/06/revok-and-h-m-pledgedonations-detroit-arts-groups/1206836002/>.

presentar una disculpa pública por medio de la prensa ⁷⁵. El texto de la empresa decía que “H&M respeta la creatividad y originalidad de los artistas sin importar el formato que utilicen. Deberíamos haber actuado de otro modo. Nunca fue nuestra intención establecer un precedente contra el arte público o terciar en el debate sobre el arte callejero...” ⁷⁶.

Detrás de todas estas situaciones subyace el derecho a la creación intelectual. *Los grafitis, los murales y el arte callejero en general, más allá de la opinión que cada uno tenga al respecto, son creaciones artísticas en la medida en que sean originales y novedosas y, por consiguiente, son merecedores de protección legal.*

13. LAS OBRAS DE ARTE CALLEJERO COMO BIENES MUEBLES

Nos hemos referido antes a la posibilidad de que las obras de arte callejero no califiquen como inmuebles por accesión, sino como bienes muebles una vez desprendidos del respectivo soporte u “ocultas” en un bien mueble o inmueble de un tercero.

La doctrina italiana ha señalado que “la decisión de usar como base para la realización de la obra un soporte de propiedad ajena y el hecho de que una vez concluida se la abandone al goce público son circunstancias relevantes y concordantes que hacen que muchos consideren a la obra como un producto efímero y, en consecuencia, destinado intencionalmente a convertirse en un bien del dominio público; en los hechos, una especie de *res derelicta* de la cual cualquiera puede disponer libremente”.

Bajo el derecho argentino, una cosa en dicha situación se considera “abandonada por su dueño” y, por consiguiente, puede ser adquirida por apropiación [art. 1947 (a) (i), Cód. Civ. y Com.]. Ahora bien, si esa cosa fuera “de algún valor”, constituiría una “cosa perdida” y, por consiguiente, no susceptible de adquisición por apropiación [art. 1947 (b) (i), Cód. Civ. y Com.]. Quien la encuentre contrae la obligación de restitución “a quien tenga derecho a reclamarla” (art. 1955, Cód. Civ. y Com.). Dadas las características del arte callejero, parece poco creíble que el artista efectúe reclamo alguno al respecto. Ante tal falta de reclamo, resultaría aplicable el régimen de subasta pública en beneficio de la ciudad o municipio en el que la cosa fue hallada (art. 1956, Cód. Civ. y Com.).

Podría sostenerse, en cambio, que, al tratarse de una “cosa mueble de valor, sin dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble”, la obra de arte callejero constituye un tesoro (art. 1951, Cód. Civ. y Com.) que, de ser descubierto en el inmueble de un tercero, pertenecerá por partes iguales al propietario

⁷⁵ Sobre el tema, véase GHAJAR, Bobby y otros, *op. cit.*

⁷⁶ TALON, Kettj, “H&M VS Jason Revok Williams and the problem of street art” en *NSS Magazine*, 17 de marzo de 2018, disponible en <https://www.nssmag.com/en/fashion/14226/h-m-vs-jason-revok-williams-and-the-problem-of-copyright-in-street-art>.

y al descubridor (art. 1953, Cód. Civ. y Com.). Hay dos obstáculos jurídicos para semejante conclusión: (a) la exigencia de que la cosa esté “oculta”, circunstancia de hecho que corresponderá determinar al juez interviniente, y (b) las cosas del dominio público no pueden ser consideradas tesoros (art. 1951, *in fine*, Cód. Civ. y Com.). Pero para ser tales, las cosas del dominio público requieren una disposición legal o reglamentaria al respecto. En ausencia de tal disposición, “los bienes que no son del Estado [...] son bienes de los particulares” (art. 238, Cód. Civ. y Com.).

Los institutos equivalentes del derecho anglosajón no son demasiado diferentes: una cosa abandonada es aquella cuyo propietario ha renunciado voluntariamente a la propiedad ⁷⁷; se trata de una cuestión de hecho, que debe implicar un acto voluntario e intencional del agente, pero que puede ser inferido de las circunstancias del caso ⁷⁸; sin embargo, la mera falta de uso o el transcurso del tiempo, por sí mismos, no constituyen abandono ⁷⁹.

Una cosa perdida, por su parte, involucra necesariamente un acto involuntario del propietario, causado por su negligencia, descuido o inadvertencia, quien no tiene intención de desprenderse de ella, *pero continúa siendo su propietario*. La definición de tesoro, sin embargo, tiene poco en común con la del derecho continental, al ser más restringida: generalmente se aplica a monedas, oro o dinero escondido por el propietario, pero necesariamente incluye el transcurso del tiempo. El tesoro debe haber estado escondido u oculto por un plazo tal que haga presumir que el propietario está muerto o no puede ser identificado. Una figura inexistente en nuestro derecho es la de la “cosa extraviada”; esto es, la cosa colocada intencionalmente por el propietario en un lugar determinado para recuperarla posteriormente pero que luego se olvida.

Podemos ilustrar la aplicación de estas normas para las obras de arte callejero con un ejemplo real, fundado en un caso ocurrido en Inglaterra. En abril de 2014, Banksy (a quien ya mencionamos) pintó, sin permiso, autorización o conocimiento de nadie, en Bristol, la ciudad en la que aparentemente vive, una tabla de madera terciada clavada sobre una puerta que daba a una calle pública. La imagen representaba a una pareja abrazándose, pero por encima del hombro del otro, cada uno miraba su teléfono celular [por esta razón se la llama *Mobile lovers* (“Amantes móviles”) ⁸⁰].

Un residente local, Dennis Stinchcombe, enseguida identificó la pintura como obra de Banksy, la arrancó de donde estaba fijada y la envió a una casa de remates para allegar fondos para el Boys’ Club, un antiguo club infantil del que

⁷⁷ 1 Am. Jur. 2d Abandoned, Lost, and Unclaimed Property, Lonnie E. Griffith, editor, Lawyers Cooperative Publishing, 1994.

⁷⁸ Véase <https://www.jud.ct.gov/lawlib/Notebooks/Pathfinders/Abandoned.pdf>.

⁷⁹ 1 Am. Jur. 2d Abandoned, Lost, and Unclaimed Property § 10.

⁸⁰ ELLIS-PETERSEN, Hannah, “Youth club owner received death threats for selling Banksy mural” en *The Guardian*, 27 de Agosto de 2014, disponible en <https://www.theguardian.com/artanddesign/2014/aug/27/youth-club-death-threats-banksy-mural>.

él, Stinchcombe, era presidente (y del que aparentemente Banksy habría sido miembro en el pasado).

Apenas se conoció la noticia, la municipalidad de Bristol intervino, sequestró el terciado y lo expuso en el museo municipal. El argumento fue que, como la pintura había sido hecha sobre un bien del dominio público, pertenecía a la municipalidad. Increíblemente, terció el propio Banksy, quien generalmente permanece ajeno a cuestiones sobre la propiedad de sus obras (pues dice renegar de ciertas instituciones capitalistas, como la legislación de derechos de autor, hasta que las necesita).



“Amantes móviles” (*Mobile lovers*), Banksy (2014).

Mediante una carta dirigida a Stinchcombe, Banksy donó la obra al Boys' Club. La municipalidad entonces “devolvió” la obra, que se vendió en remate y obtuvo 670.000 dólares para esa institución juvenil ⁸¹.

La solución adoptada parece no haber tenido en cuenta ningún principio jurídico. Pero el caso es relevante porque se trató de una situación en la que la obra de arte callejero (luego de ser desprendida de la puerta) ya no constituía un inmueble por accesión, pues no estaba adherida a un inmueble “con carácter perdurable”, como lo exige el Código Civil y Comercial.

Pasemos revista a algunos de los aspectos jurídicos que derivan de ello: ¿la obra de arte callejero era una cosa *perdida*? Obviamente no lo era, porque el artista sabía dónde la colocó y dónde estaba. ¿Era una cosa abandonada? Cla-

⁸¹ Autor desconocido, “Banksy has say over disputed Mobile Lovers artwork” en *BBC*, 7 de mayo de 2014, disponible en <https://www.bbc.com/news/uk-england-bristol-27319114>.

ramente sí, porque el artista callejero no dejó la cosa con la intención de recuperarla posteriormente. La abandonó en o dentro del inmueble de un tercero ⁸².

Los doctrinarios del derecho del *common law* esgrimen que para que haya abandono debe haber intención del propietario de desprenderse de la propiedad, pero mediante una transferencia *unilateral y genérica*, en el sentido de que es indistinto a quién se transfiere la cosa, a diferencia de lo que ocurre en la donación, en la que el donatario es identificado. Por eso, bajo el derecho inglés, la carta de Banksy cediendo su obra al Boys' Club era absolutamente inútil desde el punto de vista jurídico.

Pero si la cosa fue abandonada, entonces era susceptible de apropiación. Y, en ese caso, ¿era un tesoro? No bajo el derecho anglosajón, que requiere *un tipo de cosa en particular*, como oro o monedas preciosas. Para el derecho continental podría serlo: se trataba de una cosa mueble *de valor*, sin dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble. En ese caso, si el tesoro hubiera sido descubierto casualmente en una cosa ajena, pertenecería por mitades al descubridor y al dueño de la cosa donde se halló.

Parece claro que una obra de arte callejero no puede considerarse pérdida, porque el artista la dejó intencionalmente en o sobre la propiedad de un tercero.

Pero... ¿podía Banksy decir que la cosa era suya bajo el argumento de que se trataba de un caso de transformación o accesión de una cosa mueble? No bajo el derecho argentino: no pudo existir adquisición del dominio por transformación porque la ley exige, para ello, “hacer una cosa nueva *con intención de adquirirla*”. Y esa intención no existió.

¿La obra de Banksy era *una donación*? La donación es un acto bilateral que exige la existencia de un donatario y la aceptación de la donación por parte de este. Por lo general, esto no ocurre en los casos de arte callejero, ya que el supuesto donatario sería el propietario del soporte (que en el caso de no haber otorgado su permiso tampoco aceptó la donación). Por lo tanto, la hipótesis debe descartarse.

Pero cuando Banksy pintó su obra “Trabajo esclavo” en la pared de un taller industrial para poner de resalto el abuso que se comete con los trabajadores clandestinos, ¿no había allí un donatario implícitamente establecido? En este caso, *el significado de la obra de arte dependía de su contexto*. Claro que el propietario del taller difícilmente pudo haber estado feliz con un regalo semejante.

⁸² La hipótesis del abandono es válida aun en el caso de que la cosa sea considerada una cosa inmueble por accesión, puesto que en la generalidad de los casos la propia obra podría ser evidencia de un posible acto de daño o vandalismo por su autor: *res ipsa loquitur*. La autoidentificación del autor implicaría la confesión de la comisión de un delito.

14. EL ARTE CALLEJERO COMO PATRIMONIO CULTURAL

Otro punto de vista posible es el que establecen las leyes relativas al patrimonio cultural acerca del arte callejero. (art. 240).

La inclusión de un bien dentro de la categoría de patrimonio cultural implica la aplicación de restricciones fundadas en el interés público, pero no trae aparejada su expropiación ni la modificación de su *status* jurídico cuando está en el dominio privado. Solo se imponen ciertos deberes (que en gran parte son meramente teóricos) en materia de identificación, protección, conservación y preservación.

La ley sobre el patrimonio cultural argentino define a este como un universo de bienes culturales, que integran los objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional.

La Convención de la Unesco de 1972 sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, incorporada a nuestro sistema jurídico en 1978, es más precisa y descriptiva que la anterior, puesto que considera patrimonio cultural, entre otros bienes, a obras arquitectónicas, de escultura o de pintura *monumentales*, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia. Obviamente, la determinación acerca de si una obra de arte urbano merece la inclusión dentro del concepto de patrimonio cultural estará afectada irremediablemente por la falta del transcurso necesario del tiempo como esencial elemento valorativo y por la naturaleza a veces efímera de la obra.

La Convención de la Unesco establece que a los Estados parte les incumbe la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio.

Bajo estos lineamientos, tanto la Nación como algunas provincias han creado agencias que (al menos nominalmente) se deben ocupar de la preservación del patrimonio cultural y llevar a cabo la planificación, ejecución y control de las políticas culturales de conservación y preservación de los muebles e inmuebles, públicos provinciales o municipales o privados y declarados provisoria o definitivamente como patrimonio cultural. Cuánto de esto se lleva efectivamente a cabo es conjetural.

Toda declaración de afectación definitiva de un bien como parte del patrimonio cultural debe ser realizada por ley. Esto, cuando existe una acertada política cultural, puede asegurar la preservación de aquello que efectivamente lo merece o también la destrucción de aquello que los intereses mercantiles necesitan demoler o negociar.

Hay otras normas (también eminentemente declarativas) que garantizan el derecho de acceso a la cultura, a preservar, enriquecer y difundir el patrimonio cultural e histórico, a apoyar las manifestaciones culturales que afirmen

la identidad local, regional, provincial y nacional, a resguardar y estimular los modos de crear, hacer, vivir y ser de los habitantes, a propender a la distribución regional equitativa de los recursos públicos destinados a la cultura y a invertir en el área cultural, garantizando a través de las asignaciones presupuestarias la preservación, el enriquecimiento y la difusión del patrimonio cultural.

Obviamente, semejante laxitud legislativa y la falta de criterios básicos (no tanto por parte de las leyes mismas sino en quienes deben aplicarlas) hacen preguntarse cuáles pueden ser los frutos de semejante situación en materia de preservación del arte callejero. Recordemos el caso de H&M, donde la opinión pública tuvo un peso importante en el modo de resolver una determinada situación jurídica.

La valuación comunitaria del arte callejero puede jugar un papel importante en la conservación de testimonios de esa naturaleza. Toca a los jueces y a los críticos de arte independientes establecer criterios valorativos adecuados para preservar esa manifestación artística. Su pérdida es, o puede ser, una pérdida identitaria para la sociedad entera y, ante su creciente valor económico, también una pérdida patrimonial (en ambas acepciones del término) para toda la sociedad.

El jurista italiano Giovanni María Riccio, en busca de una solución jurídica a la problemática del arte callejero, sostiene que “una vía alternativa, no practicable sin embargo en todos los casos, podría ser la de establecer vínculos de interés histórico-artístico sobre barrios enteros en los cuales se han llevado a cabo obras de arte callejero. Esta medida no resultaría interesante en los casos en los que las obras han sido autorizadas o directamente financiadas por las Administraciones locales, pero sí para las áreas (como Shoreditch en Londres o San Lorenzo en Roma) que han sido seleccionadas como territorio propio por parte de los artistas. Este es un camino ya tomado por algunas ciudades (como Roma, con respecto al barrio Coppedè), sobre la base de los arts. 137⁸³ y ss. del Código de Bienes Culturales que regulan el procedimiento para declarar ‘de notable interés público’ no solo a un edificio en particular sino a áreas enteras, con el propósito, para usar las palabras del art. 138, de ‘preservar su valor identitario con relación al territorio sobre el que se ubican’”.

Según Riccio, la declaración del *street art* como patrimonio cultural es “una solución quizás incómoda, pero que parece responder plenamente a las necesidades de las obras de arte callejero. [...] Es una propuesta simple, que quizás debiera discutirse colectivamente, por medio de instrumentos de inclusión democrática en la determinación de los procesos jurídicos. El patrimonio cultural es la mayor riqueza del país, al cual el art. 9º de la Carta Constitucional italiana reconoce plena tutela y promoción; quizás sea el caso de reflexionar acerca de la

⁸³ Ahora artículo 136, según el decreto legislativo del 22 de enero de 2004 en <https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/04042dl.htm>: “Quedan sujetos a las disposiciones de este título por su notable interés público [...] (c) los complejos de cosas inmuebles que componen un aspecto característico de valor estético y tradicional”.

posibilidad de evitar que una fracción de ese patrimonio pueda terminar víctima de grúas y brochas”.

Bajo principios similares, la Legislatura del Estado de Nueva York ordenó la preservación del Germania Bank Building [construido en 1898 en la ciudad de Nueva York, para funcionar como entidad financiera y convertido con los años en una residencia particular ⁸⁴] y de los grafitis que lo adornan (a pesar de haber sido ilegales en su momento) ⁸⁵.

El hecho de considerar al arte callejero como parte del patrimonio cultural (y, en consecuencia, digno de protección) implica una posición valorativa positiva frente a una manifestación artística que, como se ha visto, no tiene un marco legal que le brinde un marco referencial preciso.

Quizás la presión de la opinión pública lleve en el futuro a algún tipo de esquema normativo que proporcione certeza en los muchos aspectos que son hoy motivo de debate. La pregunta que cabe hacerse es si la propia filosofía del arte callejero podrá resistir la existencia de reglas que, para muchos, siempre serán vistas como un corsé formal para una actividad que nació y florece bajo la más absoluta informalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMQVIST, Björn – LINDBLAD, Tobias – SJOSTRAND, Torkel – JACOBSON, Malcolm, *Gates of Graffiti*, Ed. Dokument Press, 2007.
- ANAPUR, Eli, “Attempting to Define Intermural Art, Graffiti and Street Art”, *Widewalls*, 11 de febrero de 2017, disponible en <https://www.widewalls.ch/magazine/intermural-art>.
- CARRON, Louise, “Street Art: Is Copyright for ‘Losers©™’? A Comparative Perspective on the French and American Legal Approach to Street Art”, Ed. New York State Bar Association, disponible en <https://nysba.org/street-art-is-copyright-for-losers-a-comparative-perspective-on-the-french-and-american-legal-approach-to-street-art/>.
- CINELLI, Maurizio, “I murales e il diritto”, *La Previdenza Forense* 2/2020, mayo-agosto de 2020, disponible en <https://www.cassaforense.it/riviste-cassa/la-previdenza-forense/avvocatura/i-murales-e-il-diritto/>.
- DAALDER, Marc, “In Settlement, Revok and H&M Pledge Donations to Detroit Arts Groups”, *Detroit Free Press*, 06 de septiembre de 2018, disponible en <https://www.freep.com/story/news/local/michigan/detroit/2018/09/06/revok-and-h-m-pledgedonations-detroit-arts-groups/1206836002/>.

⁸⁴ Una descripción técnica del edificio puede encontrarse en <http://s-media.nyc.gov/agencies/lpc/lp/2162.pdf>.

⁸⁵ SCHULZ, Dana, “Landmarks Greenlights 190 Bowery Restoration Plan with Iconic Graffiti Intact” en *6Sqft*, 6 de mayo de 2015, disponible en <https://www.6sqft.com/landmarks-greenlights-190-bowery-restoration-plan-keeping-iconic-graffiti/>.

- DONATI, Alessandra, “La definizione giuridica di opera d’arte e le nuove forme di espressione artistica contemporanea”, *La Rivista del Consiglio*, Milán, 2017-2018.
- DYSON, Michael E., *Know what I mean? Reflections on hip-hop*, Nueva York, Ed. Basic Books, 2007.
- EDELMAN, Bernard, *L’adieu aux arts. Rapport sur le cas Brancusi*, París, Ed. L’Herne, 2021.
- ELLIS-PETERSEN, Hannah, “Youth Club Owner Received Death Threats for Selling Banksy Mural”, *The Guardian*, 27 de agosto de 2014, disponible en <https://www.theguardian.com/artanddesign/2014/aug/27/youth-blub-death-threats-banksy-mural>.
- FERNÁNDEZ HERRERO, E., “Origen, evolución y auge del arte urbano: el fenómeno Banksy y otros artistas urbanos”, tesis doctoral presentada ante la Universidad Complutense de Madrid, disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/46424/1/T39585.pdf>.
- GAVIN, Francesca, “Enough of this Jokey Approach to Street Art”, *The Guardian*, 16 de julio de 2008, disponible en <https://www.theguardian.com/artanddesign/artblog/2008/jul/16/streetartstupid>.
- GHAJAR, Bobby – PETERSON, Marcus – GALICKI, Alexander, “Copyright Rulings Reveal Evolving Protection for Street Art”, *Law 360*, 12 de mayo de 2020, disponible en <https://www.cooley.com/-/media/cooley/pdf/reprints/2020/2-copyright-rulings-reveal-evolving-protection-for-street-art.ashx#:~:text=Los%20Angeles%3A%20Falkner%20v.&text=GM%20posted%20them%20to%20its,promote%20the%20new%20Cadillac%20XT5.&text=The%20court%20denied%20GM's%20motion,Warner%20Bros.%20Entertainment%20Inc>.
- GIMENO BLAY, F. – MANDIGORRA LLAVATA, M. L., *Los muros tienen la palabra. Materiales para una historia de los graffiti*, Ed. Publicacions de la Universitat de València, 1997.
- GÓMEZ FONTANILLS, David, “Libertad de panorama”, *Imagen y Lenguaje Visual*, Ed. Universitat Oberta de Catalunya, disponible en <http://multimedia.uoc.edu/blogs/ilv/es/sobre-propiedad-intel%C2%B7lectual/libertad-de-panorama/>. También “Libertad de panorama otro sorprendente abuso del copyright”, en <https://derechoaleer.org/blog/2011/09/libertad-de-panorama-otro-absurdo-del-copyright.html>.
- GONZÁLEZ BRACCO, Mercedes, “Arte urbano: entre la mercantilización y la resistencia. El caso de La Boca (Buenos Aires)”, *Cuadernos de Antropología Social*, nro. 50, disponible en <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/CAS/article/view/5523>.
- GREENBAUM, Hilary – RUBINSTEIN, Dana, “The Origin of Spray Paint”, *The New York Times*, 04 de noviembre de 2011.
- HUNTER, Dan, *Intellectual Property*, Nueva York, Ed. Oxford University Press, 2012.

- KEENER, Katherine, “Street art: comment un mouvement est passé du graffiti au monde de l’art (Partie II: Distinguer le *street art* du graffiti)”, *Art critique*, 15 de enero de 2020, disponible en <https://www.art-critique.com/2020/01/une-lecon-de-street-art-comment-un-mouvement-est-passe-du-graffiti-au-monde-de-l-art-partie-ii-distinguer-le-street-art-du-graffiti/>.
- LAKIN, Max, “JR’s Gallery Come Come Indoors”, *The New York Times*, 11 de diciembre de 2019, disponible en <https://www.nytimes.com/2019/12/11/arts/design/jr-brooklyn-museum.html>.
- LEWISOHN, Cedar, *Street Art: The Graffiti Revolution*, Nueva York, Ed. Abrams, 2008.
- LIPSYC, Delia, *Régimen legal de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2019.
- LOIS, Carla, *Mapas para la nación*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2014.
- NEGRI, Juan J., “Banksy y el constante desafío del arte callejero”, *Dos Minutos de Doctrina*, XVII:899, 06 de octubre de 2020.
- “El dilema de Landet (ensayo sobre la destrucción de la obra de arte y sus aspectos jurídicos)”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2015.
- “Grafiteros de Nueva York”, *Dos Minutos de Doctrina*, XV:728, 23 de febrero de 2018.
- NEGRI-CLEMENTI, Gianfranco, “L’arte e il diritto d’autore”, en NEGRI-CLEMENTI, Gianfranco (ed.), *Il diritto dell’arte. L’arte, il diritto e il mercato*, Milán, Ed. Skira, I:61.
- RICCIO, Giovanni M., “Street art, leggi e tutela”, *Artribune*, 13 de junio de 2019, disponible en <https://www.artribune.com/professionisti-professionisti/diritto/2019/06/street-art-leggi-tutela/>.
- ROSE, A. – STRIKE, C. (eds.), *Beautiful Losers: Contemporary Art and Street Culture*, Nueva York, Ed. Iconoclast, 2004.
- ROSS, Jeffrey I. (comp.), *Routledge Handbook of Graffiti and Street Art*, Nueva York, Ed. Routledge International Handbooks, 2016.
- SALIB, Peter N., “The Law of Banksy: Who Owns Street Art?”, *The University of Chicago Law Review*.
- SCHULZ, Dana, “Landmarks Greenlights 190 Bowery Restoration Plan with Iconic Graffiti Intact”, *6SQft*, 06 de mayo de 2015, disponible en <https://www.6sqft.com/landmarks-greenlights-190-bowery-restoration-plan-keeping-iconic-graffiti/>.
- SUÁREZ DE JESÚS, Carlos, “Aholsniffsglue, American Eagle Outfitters Reach Settlement in Copyright Lawsuit”, *Miami New Times*, 02 de diciembre de 2014, disponible en <https://www.miaminewtimes.com/arts/aholsniffsglue-american-eagle-outfitters-reach-settlement-in-copyright-lawsuit-6497593>.
- TALON, Kettj, “H&M vs. Jason Revok Williams and the Problem of Street Art”, *NSS Magazine*, 17 de marzo de 2018, disponible en <https://www>.

nssmag.com/en/fashion/14226/h-m-vs-jason-revok-williams-and-the-problem-of-copyright-in-street-art.

WEISBERG, Jill, “The Difference Between Street Art and Graffiti”, *Schrift and Farbe Design Group*, 16 de mayo de 2012, disponible en <https://schriftfarbe.com/the-difference-between-street-art-and-graffiti>.

WESTENBERGER, Paula, “Copyright Protection of Illegal Street and Graffiti Artworks”, en BONADIO, Enrico (ed.), *The Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti*, Ed. Cambridge University Press, 2019.

YOUNG, Alison, “Criminal Images: The Affective Judgment of Graffiti and Street Art”, *Crime Media Culture*, 18 de julio de 2021, disponible en Copyright, https://www.academia.edu/2382968/Criminal_Images_the_affective_judgment_of_street_art_and_graffiti?email_work_card=view-paper.

Recepción: 5/10/2021

Aceptación: 19/10/2021

PRESENTE Y FUTURO DEL CINE EN LA ARGENTINA.
¿NECESIDAD DE REFORMA LEGAL O CAMBIO DE PRÁCTICAS?

Por FERNANDO E. JUAN LIMA *

Resumen:

En momentos en que vuelve a ponerse en discusión la necesidad de reformar la Ley de Cine de nuestro país, a través de este artículo se intenta deslindar los problemas que derivan de la práctica y que no requieren de cambio legal alguno. Además, se pone el acento sobre los puntos sustanciales que necesitan de atención y sobre los cambios para posibilitar la existencia de un sistema más virtuoso, adaptado a las necesidades del presente y del futuro, que permita la subsistencia del cine argentino y favorezca la diversidad cultural.

Palabras clave:

Ley de Cine, caducidad del fondo de fomento, cuota de pantalla, industria cultural, diversidad cultural.

PRESENT AND FUTURE OF CINEMA IN ARGENTINA: NEED FOR
LEGAL REFORM OR CHANGE OF PRACTICES?

Abstract:

At a time when the need to reform our country's Film Law is once again being discussed, this article attempts to identify the problems encountered in putting it into practice and that do not require any legal change. In addition, emphasis is placed on the substantial points in need of attention and subsequent change in order to enable the existence of a more virtuous system, adapted to present and future necessities, which allows the livelihood of Argentine cinema and favors cultural diversity.

* Abogado (UBA) especialista en derecho público y Doctor en Derecho (San Pablo CEU, Madrid, España). Profesor de grado y posgrado de derecho administrativo y constitucional (UBA, UB, UCA). Juez de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

Keywords:

Film Law, lapsing of the promotion fund, screen quota, cultural industry, cultural diversity.

INTRODUCCIÓN

Las políticas públicas de telecomunicaciones —en general— son un campo creciente de expansión, fruto en buena parte de las intensas transformaciones experimentadas por el sector a partir de los años ochenta del siglo pasado a nivel internacional (y que proyectan, sin dudas, efectos sobre el cine). La aparición de nuevas tecnologías de transmisión de datos, junto con la aplicación de la informática a este campo, ha abierto un amplio espectro de oportunidades para generar nuevos servicios de comunicación, modificando las formas de funcionamiento y prestación de los medios ya existentes, y haciendo también mucho más compleja la actuación pública sobre este sector.

El tema es de particular interés para el estudioso del derecho público, por cuanto el cine “... es, seguramente, uno de los sectores de la comunicación más intervenidos por la Administración”¹.

Son muchos los posibles acercamientos a esta actividad, que suma y entrelaza industria y cultura, obrar de los particulares e interés público. Las distintas miradas y recortes factibles son tantos que corresponde en esta instancia delimitar cuál ha de ser el objeto de estudio en el presente trabajo.

El cine simboliza una singular intersección entre arte e industria, entre cauce de expresión del pensamiento humano y vía para el desarrollo de una actividad económica y empresarial, entre espectáculo y medio de comunicación social, en definitiva². A ello se suma el hecho que se vincula con “un problema esencial” en la cinematografía, que ha determinado la evolución de su derecho en los últimos años: su financiación y la necesidad de acudir a fuentes públicas —ayudas o subvenciones— para alcanzar el objetivo deseado³.

Es más, tan amplio es el grado de intervención de lo público, que antes que nada debo aclarar que las ideas que aquí se desgranán, en principio, se restringen

¹ COUSIDO GONZÁLEZ, M. Pilar, *Derecho de la comunicación. Volumen II: Derecho de la Comunicación Audiovisual y de las Telecomunicaciones*, Madrid, Ed. Colex, 2001, p. 207. Esta autora entiende que son explicaciones probables de ello tanto la competitividad de la industria cinematográfica norteamericana como la naturaleza del medio, que sirve a la propaganda con gran soltura. En el mismo sentido, Fernández Albor-Baltar sostiene que “la actividad de distribución de películas está sometida a una importante intervención administrativa” (FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, Ángel, “La explotación económica de la obra cinematográfica” en *Revista General de Derecho*, nro. 630, p. 2235).

² CAMBA CONSTENLA, Carmen, *El derecho de la cinematografía en España y en la Unión Europea*, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2002. p. 35.

³ DE LA SIERRA, Susana, *Derecho del cine: administración cultural y mercado*, Madrid, Iustel, 2010, p. 29.

a la materia regulada por el derecho administrativo (dejando de lado aspectos regulados por el derecho civil —los temas vinculados a los derechos de autor—, por el derecho mercantil —los atinentes, por ejemplo, al funcionamiento comercial de las empresas que se desempeñan en esta industria—, o por el derecho laboral —que rige el trabajo de quienes día a día *hacen* las películas—). En ese sentido, debe tomarse en cuenta que, más allá de alguna voz que se ha alzado sosteniendo la independencia científica o la propia sustantividad del *derecho cinematográfico*⁴, es el derecho administrativo el que se aplica al momento de regir asuntos tan diversos como la calificación de las obras cinematográficas, la seguridad en los espectáculos públicos, las licencias de doblaje, las cuotas de pantalla y distribución, las subvenciones y otras medidas de apoyo, la actividad sancionadora respectiva, etc., abarcando las tres etapas en las que suele dividirse el funcionamiento de esta industria (producción, distribución y exhibición).

Las aludidas (más alguna otra) fueron las razones que me llevaron a escoger como tema de tesis de doctorado el de “Ayudas administrativas a la cinematografía”, en el momento en que el dictado de la nueva Ley de Cine española [de ahora en más, NLCE⁵] era una novedad que abría el debate no solo en España sino en Iberoamérica toda. Si ya en el proceso de su realización las circunstancias variaron dramáticamente (del dictado de la NLCE a las sucesivas restricciones acaecidas por las sucesivas crisis), desde la defensa de la tesis en 2016⁶ a su publicación en España⁷, los cambios fueron aún más rotundos.

La importancia de la materia objeto de estudio tiene que ver con su innegable relevancia jurídica, pero también con cuestiones políticas e ideológicas. Es por ello que corresponde ser directo (y honesto) en cuanto a cuál es el prisma desde el que se aborda el examen de la temática escogida. Se examinan y estudian la actividad y las relaciones humanas que definen los perfiles de la sociedad (local, nacional, global) en la que vivimos y en la que queremos vivir. Por ser ello así, la honestidad intelectual impone dejar en claro que estimo que, en lo que hace a la materia que se aborda, le cabe al Estado un rol fundamental en la regulación y fomento, por existir un interés relevante que se relaciona con el derecho de los pueblos a expresarse libremente, a informarse, a elegir, a gozar de su propia cultura y de la diversidad cultural.

⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, Luis, *Introducción al Derecho Cinematográfico*, Madrid, Ed. Tecnos, 1976, p. 27.

⁵ Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (BOE nro. 312, del 29 de diciembre de 2007).

⁶ La presentación de la tesis doctoral tuvo lugar en mayo de 2015 y su defensa, en febrero de 2016, en la Universidad San Pablo CEU, Madrid, España. El tutor de la tesis fue el catedrático José Luis Piñar Manas y el tribunal de tesis estuvo integrado por Juan Carlos Cassagne, Jesús Prieto de Pedro, Susana de la Sierra, Juan Antonio Hernández Corchete y Alberto Díaz Romeral.

⁷ JUAN LIMA, Fernando Enrique, *Ayudas administrativas a la cinematografía*, Madrid, Ed. Reus, 2017.

Es por ello que creo pertinente dejar en claro desde el inicio cuál es mi postura en relación con este tema fundamental en la materia, por cuanto, como no podría ser de otra manera, ella influye y tiñe, en alguna medida, los acercamientos posibles. Al Estado le corresponde un rol relevante e irrenunciable en la materia. Cómo lo lleva a cabo, su pertinencia, alcances, justificaciones, etc., puede ser (y es, aquí mismo) objeto de examen crítico; pero queda claro que la finalidad que guía mi recorrido tiene que ver con la idea de encontrar herramientas más eficientes, más justas y no con una retirada de lo público de la materia. El tema a considerar se vincula con la necesidad de pensar en políticas y decisiones a largo plazo, que se mantengan en el tiempo. El curso de acción adoptado en nuestro país ha tenido a mi entender una lógica que no parece dar respuesta a los cambios que se producen en la realidad. Los principios y valores que emanan del bloque constitucional (defensa de la cultura nacional, diversidad) chocan contra una situación que los contradice y los relega cada vez más. Quizás parte de la solución tenga que ver con no prestar atención solo al día a día, sino a políticas y regulaciones de largo aliento que puedan contemplar una realidad en constante cambio y mutación, pero que no corran (llegando siempre tarde) detrás de ella.

1. PROPUESTAS EFECTUADAS Y REVISIÓN CRÍTICA

En *Ayudas administrativas a la cinematografía* mi intención era la de dar un contexto doctrinario a la cuestión bajo examen, conjugando datos que tenían que ver con las realidades argentina y española. Al efecto, la comparación con otras cinematografías (europeas y americanas) servía de sustento para indagar en problemas comunes y posibles soluciones compatibles. La idea de utilizar muchos “datos duros” relativos a la industria (industria cultural, por cierto, con todas las modulaciones y particularidades que ello implica) se vinculaba con la aludida voluntad de eludir el trabajo puramente teórico y proponer preguntas y debates, pero también posibles respuestas a una situación que es ciertamente problemática. Es más: ese cruce de miradas y datos que habitualmente forman parte de distintos estudios y áreas del conocimiento (que no siempre se cruzan) tenía el propósito de funcionar en los dos sentidos posibles. Así como no pocas veces desde el sector de la doctrina administrativista se desconocen o menosprecian determinadas particularidades de la actividad cinematográfica, desde el sector del cine (tal como sucede con muchos subsectores cuya actividad y órganos de control funcionan con un alto grado de autarquía o autonomía) hay cierta idea de que aquellas particularidades justifican soluciones únicas y especiales, al margen de los principios que rigen, por ejemplo, las ayudas públicas que presta el Estado. Para ser claros, en lo que hace a lo sociológicamente vigente, pareciera que en el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), así como en la ANSES y tantos otros entes, no siempre habría habido verdadera conciencia del principio de limitación de sus potestades a lo expresamente

previsto en la Constitución y la ley, de los principios de derecho público o de la necesidad de adaptarse en su accionar, por ejemplo, a la Ley de Procedimientos Administrativos.

En ese contexto, además, el tiempo transcurrido ha profundizado la crisis del sistema. En ese péndulo que bien representa la comparación entre España y Argentina, la situación de nuestro país no ha sino continuado en su rumbo descendente. La actualidad del sector cinematográfico es ciertamente difícil y reclama la asunción de la crisis y el trabajo concreto en soluciones posibles. El dato positivo del reconocimiento de la necesidad de ese debate y trabajo por parte del sector ⁸ choca con posturas atávicas que parecen pretender sostener un *status quo* que difícilmente resista mucho tiempo más, o generan alguna especie de *by pass* cuya legalidad y posibilidades reales de pervivencia resultan difíciles de prever ⁹.

En *Ayudas administrativas a la cinematografía*, a modo de colofón, esbozaba algunas propuestas pensando en España y los países de Iberoamérica. Al respecto, entre las recomendaciones que se formulaban, recuerdo las siguientes:

1. Motivar en los gobiernos de la región la aplicación de políticas de apoyo a sus cinematografías nacionales y el fortalecimiento de los lazos de integración con las cinematografías de España e iberoamericanas en su conjunto. En el marco constitucional argentino (como en el español) no existe la opción de no hacerlo. La defensa de la cultura nacional y de la diversidad cultural son mandatos orgánico-constitucionales.

2. Realizar acuerdos entre los países para articular, en términos equitativos, las legislaciones de fomento existentes con el fin de facilitar la coproducción, la codistribución y los procesos integrativos regionales en el sector cine y en el audiovisual.

3. Estudiar en cada país, de acuerdo con las circunstancias locales, la conveniencia de dictar normativas y legislaciones que permitan una mayor vinculación entre las actividades productivas y de comercialización y difusión del cine con los otros medios audiovisuales, incluyendo telecomunicaciones e informática.

4. Impulsar la creación de bases de datos y sistemas estadísticos confiables y de carácter público, cuyos parámetros se mantengan en el tiempo para que permitan monitorear la marcha de las cinematografías y los mercados de cada país. Ello facilitará, sobre la base de la información, la toma de decisiones que

⁸ Pueden encontrarse un buen resumen de las distintas propuestas esbozadas por diversas organizaciones del sector cinematográfico en <https://otroscines.com/debates>.

⁹ Tal el caso del programa “Activar cultura”, anunciado el 10 de agosto de 2021. Según lo anunciado se destinarían fondos para la “reactivación audiovisual” por fuera de los mecanismos (y controles) previstos en la Ley de Cine. Por plausible que sea la toma de conciencia de la necesidad de aumentar la inversión en cultura (y en el cine y audiovisual en particular), y sin perjuicio de señalar que todavía no se conoce una regulación del detalle de este programa, no pueden dejar de advertirse los defectos sustanciales que tendría un fondo de este tipo, creado sin aval especial específico, para regular una materia que sí posee con un marco sistémico establecido por ley.

más convengan tanto en el diseño de las políticas públicas como en las empresariales, productivas y creativas.

5. Propiciar las investigaciones dirigidas a conocer y analizar críticamente la evolución de la industria y los mercados del cine, así como la producción de contenidos, con el objetivo de brindar una visión panorámica real de lo que acontece en estos campos.

6. Promover la incorporación de la educación audiovisual en las legislaciones cinematográficas y educativas, con particular atención a la formación crítica de las nuevas generaciones de espectadores.

7. Fomentar la realización de productos cinematográficos locales que, con suficiente calidad estética y técnica, puedan insertarse efectivamente en los mercados nacionales e internacionales, atendiendo a los cambios que están produciéndose en las demandas y en los consumos culturales.

8. Fortalecer o poner en marcha políticas que promuevan medidas de fomento y estímulo a la distribución y exhibición del cine nacional en los mercados locales, regionales e internacionales, mediante cuotas de pantalla e incentivos que abarquen a distribuidores y exhibidores.

9. Apoyar con recursos económicos públicos el mantenimiento y desarrollo del parque de salas cinematográficas que incluyan en su programación al cine nacional, latinoamericano e iberoamericano, impulsando a la vez la creación de circuitos alternativos que difundan las obras en sistema digital y el fortalecimiento de distribuidoras independientes.

10. Fomentar la utilización de las diversas ventanas de difusión que hoy se ofrecen para el cine con las nuevas tecnologías audiovisuales e incentivar la utilización de estas en la producción de contenidos y en el desarrollo educativo, creativo y comunicacional del conjunto de la población.

El tiempo transcurrido y los cambios acaecidos me convencen de la pertinencia de aquellas propuestas. A continuación, retomo algunas de ellas para actualizar, corregir o afirmar algunos puntos que entiendo sustanciales en tanto es claro que no se pueden incumplir los mandatos que impone el bloque de constitucionalidad en materia de cultura, en general, y del cine y el audiovisual, en particular.

2. “INDUSTRIA CULTURAL”, CONCEPTO CLAVE PARA UNA ADECUADA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD CINEMATOGRÁFICA

El tiempo transcurrido desde que esbocé aquellas propuestas no es tanto, y sin embargo la situación ha empeorado en mucho. En términos generales, sea por decisión política, sea por pretendidas necesidades o imposibilidades económicas, el camino recorrido ha sido exactamente el contrario al que se ha

planteado en los acápites precedentes ¹⁰. En la actualidad contamos con una ley que ha sido virtuosa y que respondía bien a las circunstancias vigentes en 1994, pero que no contempla algunos cambios (fácticos y tecnológicos) acaecidos con posterioridad, quedando algo desfasada respecto de la situación actual del cine y el audiovisual en nuestro país. La postura de quienes se aferran a ella para mantener un sistema de apoyo industrial (que no recoge adecuadamente los parámetros propios de las industrias culturales) desnuda una puja sectorial que deja fuera de campo a los verdaderos destinatarios de las medidas de regulación: el pueblo (cuyo acceso a los bienes culturales y a la diversidad cultural y cuyo derecho de participación y control deben ser respetados).

Era particularmente claro sobre el punto Getino, cuando señalaba que el cine es *creación colectiva* de contenidos simbólicos (*obras cinematográficas*), como lo es cualquier otra forma de expresión artística, pero es también, a un mismo tiempo, *producción industrial* de “manufacturas” culturales (*películas*). Integra, desde hace más de un siglo, el campo de las industrias culturales, donde convergen esas dos dimensiones principales sobre las que afirma su existencia: la económico-industrial y la ideológico-cultural. Aunque su valor más relevante esté dado por lo que cada obra expresa del imaginario de cada autor o de las intencionalidades de su productor, él solo resulta posible cuando conjuga también inversiones, empleo, rentabilidad y otros componentes económicos, que son los que revelan la presencia de una industria. Más aún, sin tales componentes —y las motivaciones de rentabilidad económica que le son inherentes—, el cine nunca hubiera existido ¹¹.

Por remanido que pueda parecer desde el punto de vista teórico en lo que hace a los estudios culturales, en el marco de la regulación sectorial cabe recordar que, a la hora de definir la actividad cinematográfica, resulta indispensable recurrir al concepto de “industrias culturales”. Sus orígenes se remontan a los años 40, cuando algunos teóricos advirtieron la existencia de ciertas industrias

¹⁰ Entre las muy pocas excepciones a ese camino que tiende a favorecer la concentración y disminuir la diversidad, debe señalarse la resolución 1050/INCAA/2018. Allí se volvía atrás con sucesivas restricciones que habían desdibujado el sistema de cuota de pantalla vigente, con argumentos entre los que cabe destacar, por ejemplo, que se afirmaba que “la motivación cultural es el principal criterio justificador de la actividad de fomento cinematográfica, puesto que existe un interés general de todos los ciudadanos de acceder a bienes cultura. De ese modo, el carácter cultural es la razón que determina la necesidad de la articulación de una política de fomento”. Así mismo se sostenía que “...la cuota de pantalla constituye un instrumento de importancia a los fines de hacer efectiva una oferta cinematográfica que garantice y asegure la diversidad cultural y proteja la producción nacional”. Debo decir que suscribí dicha resolución en el poco más de un año que trabajé como vicepresidente del INCAA y que, poco después de mi renuncia, dicha resolución fue derogada.

¹¹ GETINO, Octavio, *Cine y televisión en América Latina. Producción y mercado*, Santiago de Chile, Ed. Ciccus, 1998, p. 17.

que desarrollaban productos culturales a partir de técnicas y procedimientos propios de actividades económicas de mercado ¹².

Esta noción, esbozada a mitad del siglo XX, ha sido perfeccionada con el transcurso del tiempo y cuenta ya con una definición institucional. En efecto, según la Unesco ¹³, son industrias culturales “aquellas que producen y distribuyen servicios culturales que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener” ¹⁴.

Esta definición pone claramente de manifiesto que las actividades, los bienes y servicios producidos por este tipo de industrias tienen un carácter mixto, ya que presentan a la vez una faceta económica y otra cultural, lo que impide que sean tratados como si solo tuviesen un valor comercial ¹⁵.

Por ello, y atento a la trascendencia social de los valores involucrados, no parece irrazonable sostener que el Estado tiene un especial interés en la actividad de estas industrias y, por lo tanto, deben reconocérsele amplias facultades en materia de regulación para garantizar su tutela. Las industrias culturales nunca se desenvuelven en un entorno de puro mercado, ya que la “otra” mano invisible, la del Estado (Estado-nación, pero también de las regiones y los municipios), tiene mucho que decir, tanto en términos de crecimiento económico como de desarrollo plural y democrático, en un futuro al que inevitablemente coadyuva tanto en sentido activo como de omisiones e inacciones. De ahí la conclusión generalizada, sobre la base progresista de que el Estado no debe ni puede mirar hacia otro lado, dirigida a la enunciación de nuevas propuestas de políticas públicas activas que consigan, en coordinación con el mercado en toda su complejidad —incluidos las pyme y el tercer sector, habitualmente olvidados—, orientar e influir en el destino de las industrias culturales analizadas a corto y medio plazo, al menos, en beneficio general de la sociedad.

¹² Theodor Adorno y Max Horkheimer, Max, hacen hincapié en la creciente aplicación de técnicas de reproducción industrial en la creación y difusión masiva de las obras de arte (ADORNO, Theodor y HORKHEIMER, Max, *Dialéctica del iluminismo*, Buenos Aires, ed. Sudamericana, 1987).

¹³ “Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales”, adoptada por la UNESCO en 2005.

¹⁴ Según el mismo texto, califican como industrias culturales, entre otras, la edición de libros, publicaciones y partituras musicales, la producción cinematográfica y audiovisual, y la elaboración de productos multimedia.

¹⁵ Una visión económica del sector lleva a precisar que las características distintivas de estas mercancías —en realidad, bienes o servicios culturales— es que su valor de uso es igual a su valor simbólico o, al menos, “está compuesto tanto por valor simbólico como por valor funcional o utilitario, siempre y cuando este último sea menor que el simbólico. A ese valor de uso se le equipara un valor de intercambio cuando un el bien o servicio se pone en circulación. Estamos hablando de bienes y servicios que intentan satisfacer, antes que nada, un tipo de necesidad específica: la cultural” (División de Cultura del Ministerio de Educación/Convenio Andrés Bello, *Informe de Investigación: Impacto de la cultura en la economía chilena*, Santiago de Chile, enero 2001; cit. por GETINO, Octavio, *Cine Iberoamericano. Los desafíos del nuevo siglo*, Buenos Aires, INCAA y Ed. Ciccus, mayo de 2007, p. 22).

Fundamentalmente si se repara en la existencia de factores que, como la globalización y la desigualdad económica, conducen a la constitución de grandes conglomerados culturales-comerciales que, a través de un constante “bombardeo” de sus productos sobre las naciones menos desarrolladas ¹⁶, favorecen la unificación de contenidos culturales y la supresión de miradas alternativas, nacionales o regionales ¹⁷.

Ante este fenómeno, que no es meramente potencial, sino real y concreto, el Estado no puede aparecer como un mero garante de las reglas de juego para los actores privados, sino que, necesariamente, deberá asumir un rol activo, implementando medidas que preserven los derechos individuales de los titulares de esos emprendimientos, pero que también garanticen a todos los ciudadanos la posibilidad de gozar plena y efectivamente de los bienes y servicios culturales.

Tal tarea aparece como sumamente ardua y compleja, pues la doble faceta que presentan las industrias culturales impone al Estado la permanente obligación de mediar entre mercado y cultura, conceptos que, cada vez más asiduamente, parecen resultar manifiestamente incompatibles.

Entiéndase bien: las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si solo tuviesen un valor comercial.

Los procesos de *mundialización*, facilitados por la evolución rápida de las tecnologías de la información y la comunicación, pese a que crean condiciones inéditas para que se intensifique la interacción entre las culturas, constituyen también un desafío para la diversidad cultural, especialmente en lo que respecta a los riesgos de desequilibrios entre países ricos y países pobres.

En ese contexto, parece adecuado adoptar la definición que se da en el art. 4º, inc. 5º, de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, en el que se afirma que las *industrias culturales* se refieren a todas aquellas industrias que producen y distribuyen bienes o servicios culturales.

Por su parte, las *actividades, bienes y servicios culturales* se refieren a las actividades, los bienes y los servicios que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener.

¹⁶ Aunque también sobre aquellas que han alcanzado un importante grado de desarrollo. En este sentido pueden citarse los casos de Canadá y Francia. Respecto del primero, cfr. GITTERS, Christophe E., *Canadian National Cinema*, Londres, Ed. Routledge, 2002, cap. 1 y 3.

¹⁷ “Precisamente, es aquí donde descubrimos la raíz del problema actual de unas industrias culturales cuyos contenidos, a resultas de un proceso de producción y circulación comercial desequilibrado y entregado a la exclusiva lógica del mercado, están ignorando gran parte de valores y tradiciones culturales de la humanidad”, PIETRO DE PEDRO, Jesús, “Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados” en *Revista de Cultura Pensar Iberoamérica*, nro. 1, 2002.

Las actividades culturales pueden constituir una finalidad de por sí, o contribuir a la producción de bienes y servicios culturales.

En definitiva, un bien cultural tiene la capacidad de revelar valores compartidos, identitarios o simbólicos, lo cual hace de una obra de arte un hecho relevante cuya apropiación pública completa su ciclo de existencia plena.

3. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE APOYAR AL CINE TIENE SU BASAMENTO EN LA CULTURA Y SOLO DE MANERA SECUNDARIA EN LA ECONOMÍA

No es raro que un “buen vecino” de una ciudad cualquiera de nuestro país se pregunte: ¿por qué habría de subsidiar yo, con mis impuestos o mi contribución individual, la producción de un film de un cineasta inexperto? ¿Cuál es la situación de privilegio de un artista, en comparación con otros oficios o profesiones, que legitimaría el uso de mi dinero para satisfacer su necesidad de expresión? ¿Por qué no se sujeta también él a las reglas del mercado y atiende a los requisitos de la demanda como cualquier otro productor de bienes o servicios?

El razonamiento que esconden estos interrogantes tiene su lógica, pero en su aparente asepsia esconde una carga ideológica que no siempre es reconocida. Por lo demás, por sustentable que sea esa postura ideológica, no es la recogida por nuestra Constitución Nacional. No existe cine sin apoyo estatal. En ningún lugar del mundo. Basta con quedarse a ver los títulos completos al final de cualquier proyección de una película *mainstream* de Hollywood para comprobar la cantidad de apoyos y desgravaciones impositivas que posee. Y es que esos apoyos, que pueden tener la poderosa evidencia de todo el poder del Estado poniendo condiciones a otros países para favorecer a su cine ¹⁸, pueden tener el poder de la fuerza o de los hechos, o requerir de una regulación constitucional específica, como es el caso de la Argentina (que sigue en esto el camino señalado por las Constituciones más modernas).

En algunos países el Estado juega un papel importante a través del otorgamiento de subsidios, un sistema que, aun con sus puntos posiblemente cuestionables, significa un avance notable para posibilitar nuevas producciones. En otros casos, resulta decisivo el aporte de entidades privadas sin fines de lucro, nacionales, pero predominantemente fundaciones europeas, que no solo pueden ofrecer dinero sino también facilitar el acceso a los productores que están dispuestos a combinar su inversión con las de origen público o de otras fuentes privadas. Esta descripción, que parecería marcar un equilibrio, está lejos de ser

¹⁸ Es paradigmático al respecto el caso de Corea del Sur, que debió reducir a la mitad la cuota de pantalla que se encuentra en la génesis a lo que hoy día es reconocido como un “fenómeno” ante la presión de los EE.UU. para acceder a la firma de un tratado bilateral de comercio. Así, en 2006, la cuota de pantalla pasó de 146 días al año a 73, pese a las críticas consistentes frente a lo que fue vivido como una imposición tendiente a favorecer el avance del *mainstream* de Hollywood.

balanceada. Los desequilibrios son constantes y en algunos casos afectan directamente la posibilidad de realización de las películas. Tampoco hay consenso sobre la necesidad de persistir, a pesar de las dificultades. La crítica que recibe de aquellos que no alcanzan a entender que una sociedad sin creación artística sería solo funcional a la producción de servicios intrascendentes es constante y muchas veces predominante ¹⁹.

Cuevas sostiene que, dada la inestabilidad económica, podría haberse generalizado la decisión de abandonar las cinematografías nacionales a su propia suerte, cualquiera que ella fuese, pero lo cierto es que, en la práctica y sin apenas excepción, “todos los países del mundo” (cualquiera, también, que sea su régimen político-económico) consideran deseable la existencia de una industria propia de producción de películas, y ello:

a) Por razones culturales, artísticas, informativas, sociales, políticas, etc., ya que el cine se considera, además, como un importante vehículo de expresión cultural de los pueblos. El cine propio evita una colonización cultural extraña.

b) Un cine nacional es generador de riqueza; desplaza parcialmente a las películas extranjeras que intentan invadir su propio mercado, es susceptible de exportación y tiende a conseguir un equilibrio económico en la balanza cinematográfica. La presumible exportación de las películas nacionales, por otra parte, supone una difusión internacional, que ofrece también un interés político y cultural ²⁰.

Cabe añadir que también se ha señalado que no existe una imagen más aberrante que la de un Estado convertido en cineasta. No hay peor opción que la del funcionario productor. El Estado no debe producir; debe crear las condiciones para apoyar la producción y, en ese caso, regularlas ²¹.

La producción cinematográfica es el centro de gravedad del sector audiovisual, que determina mercados afines de gran importancia económica, como por ejemplo la industria electrónica de consumo o las telecomunicaciones, a la vez que tiene unas connotaciones culturales indiscutibles. Por ello resulta de vital importancia incrementar las fórmulas de fomento y las medidas de protección. Tanto las cuotas de pantalla como los fondos de ayuda a la cinematografía o la obligación de invertir un porcentaje de los ingresos de explotación de los canales de televisión o las plataformas en el cine, son pilares básicos para la defensa de un sector en crecimiento, así como para la defensa de la diversidad cultural. Sería de vital importancia mejorar la coordinación entre las Administraciones Públicas afectadas en el apoyo del cine y promover la exportación, con objeto

¹⁹ RUSSO, Eduardo (comp.), *Hacer cine. Producción audiovisual en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 21/22.

²⁰ CUEVAS, Antonio, *Economía cinematográfica. La producción y el comercio de películas*, Madrid, Ed. Imaginógrafo, 1999, p. 59.

²¹ MONTIEL PAGÉS, Gustavo, “La producción de cine en México. Bajo el signo de la crisis”, en, RUSSO, Eduardo (comp.), *Hacer cine. Producción audiovisual en América Latina*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 51.

de optimizar costes y oportunidades en este nuevo escenario de competencia global ²².

La política de fomento de los sectores industriales responde, con carácter general, a motivaciones económicas y sociales. Si bien en sus orígenes el sistema de fomento de la cinematografía se planteó únicamente como una necesidad para lograr cierta equiparación a nivel comercial con las películas norteamericanas, actualmente —como se vio— responde a una particularidad esencial de este sector industrial: su carácter cultural. En efecto, el carácter creativo, intelectual y artístico de los productos audiovisuales proporciona al sector una dimensión cultural de obligada apreciación en la definición y articulación de sus medidas de fomento y protección. Estas consideraciones de carácter cultural, económico e industrial concurrentes en este sector no son incompatibles entre sí ²³. Antes bien, la calidad cultural y los rendimientos económicos (en términos relativos, no absolutos) debieran ser los objetivos que habrían de lograrse al unísono en el fomento del cine.

En cualquier caso, resulta evidente que la motivación cultural es el principal criterio justificador de la actividad de fomento de la cinematografía, ya que desde esta perspectiva es posible detectar el interés general del acceso de todos los ciudadanos a la cultura. Es principalmente el carácter cultural de la cinematografía y, en menor medida, su consideración como sector económico, el motivo que determina, en general, la necesidad de la articulación de una política de fomento ²⁴.

Sin embargo, y en aplicación del principio de mensurabilidad de las potestades administrativas, las medidas de promoción no deberían implicar un excesivo y obsoleto intervencionismo del aspecto cultural del cine. Los poderes públicos pueden fomentar la creación artística y cultural, pero respetando en todo caso la diversidad existente entre el mercado creativo y las exigencias de la sociedad, sin intentar imponer moldes o criterios preestablecidos y normalizados desde las conveniencias del poder político ²⁵.

²² ALVAREZ MONZONCILLO José María y LÓPEZ VILLANUEVA, Javier, “Situación de la industria cinematográfica española. Políticas públicas ante los mercados digitales”, en ALVAREZ MONZONCILLO, José María; CALVI, Juan Carlos, GAY FUENTES, Celeste; GÓMEZ-ESCALONILLA MORENO, Gloria y LÓPEZ VILLANUEVA, Javier, *Alternativas de política cultural. Las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2007, p. 107.

²³ ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando José, *Régimen jurídico de la cinematografía*, Granada, Ed. Comares, 2001, p. 128.

²⁴ Sin embargo, esta prelación no ha sido siempre admitida. Por ejemplo, Guback afirma que la obligación del Estado de preservar y potenciar el arte, junto con el aumento del control público sobre las actividades económicas, ha proporcionado la justificación por la que se autoriza a los Gobiernos europeos a intervenir en las industrias cinematográficas locales (GUBACK, Thomas H., *La industria internacional del cine*, Madrid, Ed. Fundamentos, 1980, vol. 1, pp. 53 y ss.).

²⁵ ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando José, *op. cit.*, p. 139, con cita de TAMAMES, R., *Estructura económica de España*, Madrid, 1971, p. 440.

4. EL MANDATO CONSTITUCIONAL

Corresponde recordar y destacar que el “nuevo” concepto de “el audiovisual” también influyó en la protección jurídica de la actividad, puesto que, al reformarse la Constitución Nacional en 1994, se incorporó al texto de la Carta Magna argentina un artículo específico que obliga al Congreso al fomento y protección del audiovisual. Si bien las actividades culturales ya gozaban de protección en la Constitución histórica, puesto que tanto por la consagración explícita o implícita se protegían todos los derechos humanos que se ejercen para el desarrollo del arte y la industria audiovisual (arts. 14, 17, 33 y ccds.) como por la consagración de una norma muy vanguardista para la época se obligaba al Congreso a “promover la ilustración”, término anacrónico que, trasladado a la contemporaneidad, puede asimilarse a la cultura en todas sus formas (art. 75, inc. 18, denominada cláusula de progreso), en 1994 se agregaron normas específicas. Así, en el inc. 19 del art. 75, denominada cláusula de “nuevo progreso”, se establecen bases para proveer el desarrollo humano con justicia social, y en su último párrafo prescribe lo siguiente: “Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”²⁶.

Con esta norma, se obliga al Parlamento a proteger este nuevo concepto de “espacio audiovisual”, que comprende al cine en su expresión originaria, pero que lo supera, porque utiliza un término abierto que permite aplicar la protección a todas las innovaciones tecnológicas que afecten el espacio en el futuro.

Luego de la reforma de 1994, en la Constitución Nacional argentina se asigna especial trascendencia a la actividad cultural y se impone al Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para salvaguardarla. Puntualmente, como se anticipó, en el último párrafo del art. 75, inc. 19 (antes transcripto), se establece que el Congreso Nacional deberá dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras de autor, el patrimonio artístico y los espacios artísticos y audiovisuales²⁷.

Esta norma merece ser destacada desde dos aspectos; en primer lugar, porque claramente obliga al legislador a proteger la identidad y la diversidad cultural (tema sobre el que vuelvo más adelante) y, en segundo término, porque reconoce expresamente la trascendencia que tienen los medios y espacios audiovisuales para garantizar ese objetivo.

²⁶ ONAÍNDIA, José Miguel y MADEDO, Fernando, «La industria audiovisual», en *Palermo Business Review*, nro. 8 (2013), p. 189.

²⁷ No parece un dato menor a destacar el hecho de que fue un director cinematográfico (Fernando “Pino” Solanas) quien propuso la incorporación del citado párrafo al texto constitucional y quien más arduamente lo defendió, en su condición de constituyente, en transcurso de las sesiones de la Convención (conf. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, págs. 3427/3431 y 3850/3853).

La intención del constituyente fue garantizar como elemento esencial del Estado democrático el “multiculturalismo”; por ello, impuso a las autoridades competentes el deber de proteger y promocionar las distintas manifestaciones culturales respetando la diversidad de estilos y combatiendo lo que Bidart Campos identifica como “igualitarismo amorfo”, que, con un el letrado de “liberal”, no hace más que discriminar inconstitucionalmente al arrasar con cuanta heterogeneidad social exista ²⁸.

Pero no solo en el citado artículo se marcan orientaciones en este sentido. También encontramos en distintos tratados con rango constitucional disposiciones en las que se reconoce el derecho de los ciudadanos a gozar de los bienes culturales, y se compromete al Estado a adoptar las medidas necesarias para garantizar plenamente su satisfacción.

Pueden citarse, por caso, el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. XIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en los que se asegura a las personas el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad y gozar de las artes.

Asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoce tanto el derecho de toda persona a participar en la vida cultural como el deber de los Estados signatarios de asegurar su goce.

Es evidente, en consecuencia, que en el máximo nivel normativo nacional existe un conjunto de preceptos que no solo facultarían al Estado a adoptar medidas que estime necesarias para proteger la cultura, sino que, además, lo obligan a actuar activamente en defensa de tal acervo, así como de las actividades, comerciales o no, vinculadas con este.

5. EL DERECHO A LA DIVERSIDAD CULTURAL

La diversidad cultural se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. Ella se manifiesta no solo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera sean los medios y tecnologías utilizados. Como bien explica Pietro de Pedro, la palabra “diversidad”, sin más explicaciones, no es un concepto unívoco, pues literalmente no evoca otra idea que la de diferencia, cualquier diferencia (en rigor, diversidad también hay en la oferta del paquete de programación audiovisual de una *major* estadounidense). “La pregunta es, pues, ¿qué diferencia, qué diversidad, es la que está en cuestión? Responderemos que aquella que hace posible la preservación de las formas irrepetibles y distintas de ser humanos los individuos y los grupos

²⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., “¿Un federalismo cultural?” en *JA*, 2004-III-933.

que nos ha legado la historia y que pretendemos seguir recreando. Pero la preservación de la diversidad no puede tener como horizonte la congelación de las diferencias culturales, pues esto no sería sino incurrir en el repliegue identitario y, aparte, descansaría en una concepción errónea, ya que la diferencia cultural —como advirtiera F. Barth— es fruto de la interacción, del intercambio y la negociación antes que del aislamiento”. En esta concepción se deben inscribir las políticas públicas de la diversidad, lo que implica un proceso esencialmente dinámico ²⁹.

En ese sentido, la Argentina forma parte de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, en cuyo Preámbulo se afirma que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad y que constituye un patrimonio común de la humanidad que debe valorarse y preservarse en provecho de todos. Así, se toma conciencia de que la diversidad cultural crea un mundo rico y variado que acrecienta la gama de posibilidades y nutre las capacidades y los valores humanos, y constituye, por lo tanto, uno de los principales motores del desarrollo sostenible de las comunidades, los pueblos y las naciones.

En ese entendimiento, la diversidad cultural, tal y como prospera en un marco de democracia, tolerancia, justicia social y respeto mutuo entre los pueblos y las culturas, es indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional. Se destaca, de este modo, la importancia de la diversidad cultural para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos universalmente reconocidos; así como la necesidad de incorporar la cultura como elemento estratégico a las políticas de desarrollo nacionales e internacionales y a la cooperación internacional para el desarrollo. Es que la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y el espacio, y esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades y en las expresiones culturales de los pueblos y sociedades que forman la humanidad.

La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 33^a reunión, celebrada en París del 03 al 21 de octubre de 2005, culminó con el dictado de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, hecho en París el 20 de octubre de 2005. Esta Convención fue ratificada por la Argentina ³⁰.

Tomando en consideración la tipología constitucional de la Argentina, resulta de sustancial relevancia lo dispuesto en el art. 30 de la Convención, referido a los regímenes constitucionales federales o no unitarios. Allí, reconociendo

²⁹ PRIETO DE PEDRO, Jesús, “Políticas públicas y cultura” en *Foro permanente para el pluralismo cultural*, Planet Agora. 2005.

³⁰ Ley 26.305 (B.O. 19 de diciembre 2007).

que los acuerdos internacionales vinculan asimismo a las partes independientemente de sus sistemas constitucionales, se aplicarán las siguientes disposiciones a las partes que tengan un régimen constitucional federal o no unitario: a) en lo que respecta a las disposiciones de la Convención cuya aplicación incumba al Poder Legislativo federal o central, las obligaciones del gobierno federal o central serán idénticas a las de las partes que no son Estados federales; b) en lo que respecta a las disposiciones de la Convención cuya aplicación sea de la competencia de cada una de las unidades constituyentes, ya sean Estados, condados, provincias o cantones que, en virtud del régimen constitucional de la federación, no estén facultados para tomar medidas legislativas, el gobierno federal comunicará con su dictamen favorable esas disposiciones, si fuere necesario, a las autoridades competentes de las unidades constituyentes, ya sean Estados, condados, provincias o cantones, para que las aprueben. Ya en el Preámbulo de la Convención se reconoce la necesidad de adoptar medidas para proteger la diversidad de las expresiones culturales y sus contenidos, especialmente en situaciones en las que las expresiones culturales pueden correr peligro de extinción o de grave menoscabo, tomándose conciencia de que la diversidad cultural se fortalece mediante la libre circulación de las ideas y se nutre de los intercambios y las interacciones constantes entre las culturas.

De la Sierra señala que la primera constatación sobre la naturaleza de la cinematografía es su dualidad, tal y como, de hecho, se pone de manifiesto en la regulación jurídica de este sector. Sin embargo, la complejidad es todavía mayor, dado que dentro de este esquema relativamente simple, “cultura vs. economía”, se concitan además otros elementos que apuntan a perspectivas más específicas que complementan, o complican, el diagrama. Así, puede aludirse al cine como medio de comunicación, espectáculo, actividad de ocio, o incluso vehículo para la educación o para la transmisión de lenguas ³¹.

Aun cuando algunas modulaciones deberían realizarse, podría indagarse acerca de en qué medida la obligación del Estado de sostener los medios de comunicación proyecta sus efectos sobre la industria cinematográfica. En España se advierte, sobre el particular, que “el Tribunal Constitucional, al referirse a la libertad de expresión como a la de información, destaca, junto a su configuración como derechos fundamentales o libertades de cada ciudadano desde un punto de vista individual o subjetivo, su vertiente de garantías institucionales desde un punto de vista social u objetivo —vertiente colectiva o de soporte del sistema democrático—. Se aprecia, así, una doble naturaleza o doble dimensión característica de estas libertades, que va a tener unas consecuencias prácticas concretas” ³².

³¹ DE LA SIERRA, Susana, *Derecho del cine: administración cultural y mercado*, Madrid, Iustel, 2010, p. 69.

³² MENÉNDEZ, Pablo, “Libertad de expresión en información, derecho al honor y garantía institucional”, en *Derechos fundamentales y otros estudios. En homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, Volumen I, España, El justicia de Aragón, 2008, p. 1096.

Con razón ha dicho Satanowsky que, en referencia a las producciones de la pantalla, el autor doctrinal, el legislador y el juez deben ceñirse a una realidad particular, frecuentemente distinta del mundo jurídico acostumbrado, máxime teniendo en cuenta que el cine es a la vez trabajo, industria, comercio y creación intelectual, tan complejo y nuevo dentro de las figuras jurídicas clásicas³³.

En este sentido, Alcantarilla Hidalgo aclara que no aboga por una abolición absoluta de las ayudas públicas, sino por su racionalización, de manera que se fomente la cultura desde una perspectiva popular que atraiga a los espectadores, sea esta del signo que sea, y que a la vez se creen las condiciones precisas para que los sectores productivos en los que se basa el cine español sean económicamente viables y suficientes por sí mismos³⁴.

Esta sin dudas bien intencionada aclaración esconde la ya referida y nunca resuelta dicotomía entre cine popular y cine *de arte*, y se condice con la preeminencia de ayudas automáticas o no automáticas (en tanto en estas últimas hay una valoración subjetiva acerca del carácter cultural o artístico que justifica la ayuda). Como se ha dicho, esta es una cuestión política en la cual entran a tallar ideologías y valores. Asentado lo expuesto, me interesa destacar que, para conseguir el objetivo de un cine nacional fuerte, el fomento administrativo se debe aplicar a los tres subsectores empresariales que integran la cinematografía —producción, distribución y exhibición—, teniendo en cuenta que en unos y otros inciden de manera distinta las consideraciones culturales y las económicas (en concreto, el sector de la producción sería aquel en el que incidiría en mayor medida el aspecto cultural, artístico y creador).

6. LA CUOTA DE PANTALLA

La cuota de pantalla³⁵ es un instrumento válido que merece ser valorado y adecuado a las circunstancias actuales. Si no ha logrado los objetivos previstos para la adopción de la medida, ello se debe a la falta de aplicación durante mucho tiempo y a la carencia casi total de convicción en el control de su cumplimiento. Por lo demás, la ampliación o sujeción a límites equilibrados y razonables (para que los apoyos no impliquen una intervención que anule la libertad de industria y trabajo) debe considerar necesariamente el establecimiento (y cumplimiento y control) de cuotas en canales de televisión (de aire o cable) y plataformas³⁶.

³³ SATANOWSKY, Isidro, *La obra cinematográfica frente al Derecho*, Buenos Aires, 1948, t. I, p. 109; cit. por MEDINA PÉREZ, Pedro Ismael, “Aspectos jurídicos-sociales de la cinematografía”, *Cuadernos de Política Social*, nro. 14, p. 81.

³⁴ ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando José, *op. cit.*, Ed. p. 140.

³⁵ La llamada “cuota de pantalla” es el establecimiento de un porcentaje o cantidad mínimo de películas nacionales a ser exhibidas en una determinada ventana.

³⁶ En este trabajo, para no entrar en discusiones técnicas en este punto innecesarias, se utiliza el coloquial término “plataformas” para referir a las OTTs (del inglés: *over the top*), esto es, a la transmisión de audio, vídeo y otros contenidos a través de internet sin la implicación de

Además, si consideramos que la actividad estatal en materia cinematográfica debe tener como norte garantizar una verdadera diversidad cultural en la oferta, ello implica brindar al público la posibilidad de acceder no solo al cine nacional, sino también al producido en otras latitudes cuando este no cuente con el poder de negociación necesario para competir por un espacio de exhibición con las megaproducciones de Hollywood. Ahora bien, ¿existe en el marco normativo vigente algún instrumento para extender la cuota de pantalla a películas foráneas? El cap. III de la ley 17.741, en forma clara y taxativa, limita la cuota de pantalla a las películas nacionales, por lo que, desde este ángulo, no existiría margen, sin una modificación de la norma, para ampliar la protección a esos filmes.

Sin embargo, es interesante señalar que el texto original del precepto otorgaba una posible solución al problema al reconocer entre las atribuciones del INCAA la de “regular las cuotas de ingreso y la distribución de películas extranjeras”. De esta forma, se abría una puerta para que el Instituto pudiera, por vía de cupos de ingreso, equilibrar la oferta de películas foráneas respetando la libertad de comercio, pero impidiendo una dictadura de mercado que coartara la libertad de elegir del espectador.

Lamentablemente, tal alternativa —que nunca fue puesta en práctica— fue eliminada en 1994. En ese año, el Congreso Nacional sancionó la ley 24.377, que introdujo algunas modificaciones en las atribuciones del director del Instituto; no obstante, mantenía invariada su potestad respecto de las cuotas de ingreso y distribución de películas extranjeras. Sin embargo, por dec. 1832/1994, el presidente de la Nación decidió vetar el inciso que contenía esa previsión por considerar que contrariaba la filosofía económica imperante; impedía y atentaba contra el fortalecimiento y la reactivación de los mercados; y se oponía al interés y a la libertad de los consumidores.

De manera que, equiparando al cine a cualquier otra mercancía a la que le resultaban aplicables sin más sus principios económicos del mercado, se eliminó el último instrumento legal que permitía, en cierta medida, extender a producciones extranjeras una protección similar a aquella de la que gozan las películas nacionales en materia de exhibición. Entendemos que, en tanto no se modifiquen las normas vigentes, será necesario articular otras medidas, distintas a la cuota de pantalla, que permitan consagrar una plena y efectiva diversidad cultural en la oferta cinematográfica ³⁷.

los operadores tradicionales en el control o la distribución del contenido. Los cambios son tantos y tan veloces que el acento se pone en el contenido más que en el medio, ya que es de esperar que estas mutaciones sigan sucediendo, cada vez de manera más rápida y contundente.

³⁷ Al efecto debería avanzarse con la limitación del número de copias con que se realizan los estrenos, establecer un porcentaje máximo de ocupación de pantallas admisible, etc. Al respecto, me remito a lo que ya decía en JUAN LIMA, Fernando Enrique y NAPOLI, Sergio Miguel, “La cuota de pantalla cinematográfica. Su constitucionalidad. Propuesta de reforma”, LA LEY 2008-B, 936.

7. EL FONDO DE FOMENTO: INTEGRACIÓN Y NECESIDAD DE AMPLIACIÓN

Conforme a la Ley de Cine argentina, el Fondo de Fomento Cinematográfico se integra a partir de un impuesto sobre el precio de entrada en una sala cinematográfica y, a partir de su modificación en 1994, por un impuesto sobre todo tipo de venta o locación de videogramas, y un porcentaje de las sumas percibidas por el Comité Federal de Radiodifusión, COMFER (actualmente, Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, AFSCA) en concepto de gravamen.

El Fondo pasa a integrarse, entonces, por lo siguiente:

1. Un impuesto equivalente al diez por ciento (10%) del precio básico de toda localidad o boleto entregado gratuita u onerosamente para presenciar espectáculos cinematográficos en todo el país, cualquiera sea el ámbito donde se realicen. El impuesto recae sobre los espectadores, y los empresarios o entidades exhibidoras adicionarán este impuesto al precio básico de cada localidad.

2. Un impuesto equivalente al diez por ciento (10%) aplicable sobre el precio de venta o locación de todo tipo de videograma grabado, destinado a su exhibición pública o privada, cualquiera fuere su género. El impuesto recae sobre los adquirentes o locatarios. Los vendedores y locadores a que se refiere el párrafo anterior son responsables del impuesto en calidad de agentes de percepción. Si el vendedor o locador fuera responsable inscrito en el impuesto al valor agregado, el importe de este último se excluirá de la base de cálculo del gravamen. Están excluidas del sistema de percepciones las operaciones que se realicen entre personas físicas o jurídicas inscritas como editores y/o distribuidores de videogramas grabados y/o como titulares de videoclubes en los registros a que se refiere el art. 61. En tanto que la sanción de la ley 26.522³⁸ en el año 2009, que regula los servicios de comunicación audiovisual (conocida usualmente como “Ley de Medios”) en todo el territorio de la República Argentina, modificó en su art. 97 el destino de los fondos recaudados en concepto de gravamen, indicando que “el veinticinco por ciento (25%) del total recaudado será asignado al Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales”; este monto no puede ser inferior al cuarenta por ciento (40%) del total recaudado en virtud de lo recaudado por: a) televisión abierta, b) servicios satelitales por suscripción, c) servicios no satelitales por suscripción. En ningún caso, el monto asignado al INCAA puede ser menor al recibido en virtud de los porcentajes que establece el dec. 2278/2002 sobre el total de sumas percibidas en concepto del gravamen creado por la ley 22.285 de Radiodifusión —abrogada por la Ley de Medios— al momento de la promulgación de la mencionada Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

³⁸ B.O. 10 de octubre de 2009.

En la Ley de Cine, asimismo, se estipula que el Fondo de Fomento se nutre de lo siguiente:

- a. los legados y donaciones que reciba;
- b. los intereses y rentas de los fondos de que sea titular;
- c. los recursos provenientes del reembolso de créditos otorgados por aplicación de la presente ley;
- d. los recursos no utilizados del Fondo de Fomento Cinematográfico provenientes de ejercicios anteriores;
- e. todo otro ingreso no previsto en los incisos anteriores, proveniente de la gestión del organismo; y
- f. los fondos provenientes de servicios prestados a terceros y de las concesiones que se otorguen en oportunidad de la realización de eventos vinculados al quehacer cinematográfico.

Tengo para mí que el aludido concepto de “videograma grabado” es lo suficientemente amplio como para alcanzar la exhibición y el consumo a través de las plataformas que hoy concentran gran parte de la circulación de las obras audiovisuales. Sin demasiado esfuerzo, pero con decisión política, podría haberse gravado la actividad de aquellas plataformas —entiendo— sin afectar el principio de legalidad estricto que rige la materia tributaria. En todo caso, de no compartirse esta interpretación, de lo que no cabe duda es que el fenómeno de las “plataformas” y circulación de los bienes culturales que no reconoce fronteras no puede quedar al margen de la regulación (que incluye la posibilidad de imposición fiscal) de los Estados nacionales. Más allá de las particularidades propias de cada país, la anomia, en su conjunto, favorece la concentración y el monopolio (hecho especialmente preocupante en el ámbito de la cultura).

En los propios Estados Unidos, las políticas *antitrust* tuvieron como génesis el intento de desarmar los lazos existentes en toda la cadena de producción, distribución y exhibición de la industria cinematográfica. Sin embargo, hasta fines del siglo pasado, en lo que hace a la difusión global de las películas, las *majors* seguían integrando de manera vertical a las distribuidoras. Más allá de la concentración existente en los Estados Unidos en lo atinente a la distribución, tampoco deberíamos ignorar el vínculo que existe entre las empresas de distribución y los exhibidores, que con agudeza ha sido definido como una forma de contrato tácito por el cual las partes se unen en una relación de largo plazo. De este modo, la fuerte concentración empresarial en la exhibición resulta funcional a los objetivos de las grandes distribuidoras, ya que deben negociar con un número reducido de actores para cubrir la mayor parte del mercado. Lo expuesto adquiere una evidencia casi salvaje cuando se advierte cómo los “nuevos” operadores más poderosos del mundo audiovisual (Netflix, Amazon, etc.) avanzan en la concentración de las tres funciones clásicas que hacen a la industria del cine (como se dijo, producción, distribución y exhibición).

Está claro que el problema y su posible solución no solo se vinculan con la política fiscal al respecto. Como se ha señalado, el asunto requiere también la

adaptación de conceptos claves del derecho administrativo, como regulación y poder de policía, a la situación creada a partir de un poderoso e inédito cambio tecnológico.

8. LAS REGLAS QUE RIGEN LAS AYUDAS PÚBLICAS AL CINE

En atención al tiempo transcurrido desde que por el dec. 989/2004 se dispuso el establecimiento del mecanismo de asignación por vías del subsidio por otros medios de exhibición, y haciendo referencia a los cambios habidos durante ese lapso en las modalidades de producción, distribución y exhibición de la obra audiovisual en general, por decreto presidencial 1346/2016 ³⁹ se regularon los porcentuales de asignación del subsidio por recuperación industrial y los topes de los subsidios en general.

En esta norma se hace especial referencia a las realizaciones cuyo diseño de producción apunta al recupero de los costos apelando a la posibilidad de contar con audiencias de carácter masivo, y se establece un régimen de aplicación de fondos públicos en materia de subsidios, que si bien dice seguir estando orientado primordialmente al estímulo de la producción cinematográfica, pretende tender a la generación de audiencias como factor determinante de un acceso creciente del público a la cinematografía como expresión cultural y de convocatoria a la inversión privada, aspecto que considera insoslayable a la hora de pensar en una industria cinematográfica sustentable.

En ese contexto y con esa finalidad se establecen las pautas para que el INCAA reglamente la asignación del subsidio por otros medios de exhibición bajo un doble régimen: el primero, mediante un sistema de asignación por ventanilla continua para producciones de audiencia media y audiencia masiva y, complementariamente, habrá de establecer la asignación de cupos determinados de proyectos, los que se asignarán sobre la base de convocatorias que diseñará la reglamentación pertinente. Además, el propio Poder Ejecutivo Nacional, en ejercicio de competencias propias, fijó los índices relativos a la percepción del tope máximo de subsidios una vez adicionado el subsidio de recuperación industrial al de otras formas de exhibición, y estableció un aumento de los topes de devengamiento de subsidios por otros medios de exhibición a la producción cinematográfica.

En dicho contexto y en atención al directo mandato del Ejecutivo, el presidente del INCAA, con fecha 02 de enero de 2017, dictó la res. INCAA 1/2017 ⁴⁰ por la que se aprueba el nuevo Régimen General de Fomento. Los cambios son a tal punto sustanciales que hacen incluso dudar en torno a la competencia del INCAA para disponerlos. En efecto, tomando en cuenta la distinción existente

³⁹ El 2 de enero de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina el Decreto presidencial 1346/2016, de 30 de diciembre de 2016.

⁴⁰ B.O. 9 de enero de 2017.

en la Ley del Cine en relación con los subsidios de recuperación industrial o “por exhibición en salas” y el destinado a otras formas de exhibición o “por medios electrónicos”, se establecen los recaudos para la liquidación y el pago del primero y, en cuanto al segundo, se deja sin efecto el sistema de vías previsto en la res. INCAA 151/2013 ⁴¹ y en su lugar se establecen dos mecanismos de clasificación previa de proyectos, para que estos obtengan declaración de interés como recaudo para acceder al subsidio. Dicha declaración de interés —según el tipo de producciones a que apunte— se asigna por los siguientes mecanismos: a) ventanilla continua, cuya asignación queda a cargo del Comité de Evaluación de Proyectos; y b) convocatoria previa, a cargo del Comité de Selección de Proyectos ⁴².

En particular, resulta de interés señalar las principales características de las llamadas “producciones destinadas a audiencia masiva”, por cuanto queda claro del conjunto del sistema que esas son las que se ha decidido priorizar. Ellas están destinadas a personas jurídicas exclusivamente, cuentan con el tope más elevado del sistema de subsidios, efectúan presentación a preclasificar con fines meramente estadísticos, solo cuentan con subsidio por medios electrónicos variable, no disponen de ningún tipo de modalidad de anticipo de subsidios, pueden acceder al mecanismo de créditos de fomento cumpliendo los recaudos de la res. INCAA 2203/2011 ⁴³, y las condiciones para que se devenguen y paguen los subsidios están establecidas en las secciones 2.5 para “medios electrónicos” y 2.6 para “exhibición en salas”.

La regulación aludida es la que, sustancialmente, rige hasta nuestros días. Aquella tenía una finalidad bastante clara (más allá de los eufemismos utilizados): favorecer a las películas más grandes y caras, a las productoras establecidas y más poderosas, desalentando (o apoyando de manera mucho más tibia que en el pasado) las producciones independientes y la filmación de óperas primas (uno de los rasgos que ha caracterizado al cine nacional de los últimos lustros). Sin embargo, las sucesivas crisis que impactaron espacialmente en el sector, las sucesivas devaluaciones y la escalada inflacionaria (que impiden cualquier tipo de previsión razonable) han llevado a que la aludida normativa sufriera modificaciones de hecho en cuanto a su aplicación concreta. Si la intención era la de “hacer menos películas, pero más grandes”, la falta de decisión o reacción ante las aludidas circunstancias (que ha llevado a mantener consistentemente atrasada la actualización de los costos medios de las películas, lo que impacta en todo el sistema de subsidios) ha llevado a una larga sucesión de restricciones, obstáculos burocráticos y vías de hecho que llevan a retrasar y/o licuar la liquidación de las ayudas públicas. Muchas películas y poco dinero a cada una

⁴¹ B.O. 16 de enero de 2013.

⁴² Conf. artículos 8° y 9° del reglamento que opera como anexo de la citada Resolución/INCAA/1/2017 (que no fue publicado en el Boletín Oficial).

⁴³ B.O. 12 de septiembre de 2011.

de ellas (que llega cada vez más tarde) se gestionan con producciones con rodajes cada vez más céleres y acotados. La pujanza del sector y su creatividad han sabido sobrellevar estas restricciones sin afectar en demasía la entidad de las obras producidas. Sin embargo, eso ha llevado a poner por lo menos en pausa las “grandes producciones”, y lo cierto es que la situación reclama una decisión política y jurídica a la altura de las circunstancias.

9. ¿SE ACERCA REALMENTE EL FIN? REFORMULACIÓN Y ALGUNAS PROPUESTAS

Al poco alentador cuadro de situación reseñado se suma el impacto que tendría la ley 27.432, promulgada en diciembre de 2017 ⁴⁴, en la que se establece el 31 de diciembre de 2022 como límite de la vigencia de la asignación específica al INCAA del “impuesto a las entradas de espectáculos cinematográficos e impuesto sobre los videogramas grabados previstos en la ley 17.741” ⁴⁵ y “el impuesto a los servicios de comunicación audiovisual previsto en la ley 26.522” ⁴⁶.

El impacto que tendría el pasaje a rentas generales de los fondos descriptos en el apart. 8 sería el elemento que faltaba para terminar de destruir un sistema que supo ser virtuoso. Sobre el tema ha advertido Julio Raffo ⁴⁷, y el sector (cuyo esfuerzo conjunto explica la génesis de la propia Ley de Cine) se encuentra en estado de movilización al respecto.

Se ha planteado la deroga de las aludidas normas ⁴⁸, y los diputados de la Nación José Pablo Correa, Mónica Macha, Germán Martínez y María Carolina Moisés han presentado un proyecto de ley para extender hasta el 31 de diciembre de 2072 la “asignación específica” en cuestión ⁴⁹.

Esta iniciativa pareciera estar generando consenso. Y es que, más allá de que no puede desconocerse la diferencia sustancial entre la asignación de un porcentaje de lo recaudado por el impuesto a las ganancias o del conocido como “impuesto al cheque” a organismos o actividades específicas y el establecimiento de un sistema legal que tiende a financiarse con lo producido específicamente

⁴⁴ B.O. 29 de diciembre de 2017.

⁴⁵ Cfr. artículo 4º, inciso e.

⁴⁶ Cfr. artículo 4º, inciso i.

⁴⁷ RAFFO, Julio, “Amenaza de ‘final cut’ al fondo de Fomento Cinematográfico” disponible en <https://www.otroscines.com/nota?idnota=16769>.

⁴⁸ Proyecto de los diputados Carro, Castagneto, Grana, Cerruti, Yasky y Santillán (Cámara de Diputados, proyecto de ley expediente 6120-D-2018), del que podría inferirse que se considera al fondo cinematográfico como poseedor de una naturaleza diversa al de otros de asignación específica que, por mandato constitucional, sólo pueden establecerse «por tiempo determinado» (confr. artículo 75, inciso 2º).

⁴⁹ Proyecto 3823-D-2021, que retoma y actualiza otro anterior, en el mismo sentido que el indicado en la cita precedente (676-D-2020).

por el sector, una medida regresiva como la dispuesta iría en contra del expreso mandato constitucional aludido en el apart. 5.

Someter al INCAA a que cada año deba discutir en el presupuesto nacional la composición del Fondo y sujetar la gestión a la lucha por el acceso real a los montos comprometidos con la AFIP no solo importa reproducir una práctica que se evidencia como poco ágil y adecuada a los requerimientos de la industria, sino que multiplica las posibilidades de intervención y presión en un campo en el que la libertad de expresión y creación es sustancial e indiscutible.

Una solución debe encontrarse al problema ahora planteado. Pero la urgencia del asunto no puede ocultar las falencias de un sistema que, por haber quedado desfasado en razón del paso del tiempo o por una práctica administrativa que lo ha desnaturalizado, requiere de un examen sistémico que lo haga adecuado a las circunstancias actuales. La idea de que, despejada la condición resolutoria establecida en la ley 27.422, todo vuelve a como era entonces, a una pretendida situación de equilibrio funcional dentro del sistema constitucional y legal, es tan ilusoria como mentirosa.

El desafío impuesto por ese aparente punto final acelera la necesidad de discusión y debate, en tanto lo que hasta ahora era una lenta agonía se enfrenta a la amenaza directa de desconexión de los respiradores que a duras penas sostenían una actividad que sigue adelante más por tozudez, amor y compromiso de algunos actores del sistema que por los apoyos que le brinda el Estado. Aun sin la ley 27.422, esa dinámica no resulta sostenible por mucho más tiempo.

En ese contexto, adecuando las propuestas esbozadas en el apart. 2 de este trabajo, podría afirmarse:

1. Si bien incluso con la normativa legal vigente podría mejorarse la situación actual (si se decidiera cumplir razonablemente con los mandatos constitucionales y legales), el cambio de paradigma tecnológico aconseja un enfoque sistémico que se adecue a las circunstancias actuales y de mayores y mejores herramientas para los cambios que se avecinan.

2. Es de fundamental importancia que se piense en el cine y audiovisual como un proceso y se abandone la idea de un sistema enfocado solamente en la producción. Es indispensable pensar en mecanismos de apoyo a la distribución y exhibición que actúen como dique de una concentración indebida y posibiliten la recuperación de ventanas ⁵⁰. Desde los laboratorios de guion hasta los programas de apoyo al lanzamiento de las películas, debe pensarse en todo un proceso cuyo objeto es la protección de la cultura nacional y la diversidad cultural.

3. En lo que hace a la producción, el retrógrado sistema de fomento vigente debe modificarse, tomando en consideración no las pretendidas audiencias a las que apunta cada proyecto, sino los modos de producción existentes. La

⁵⁰ Hoy en día (y era así aun antes de la pandemia) existen menos salas de cine en funcionamiento que en la década del 80 del siglo pasado.

realidad de una muy rica producción independiente requiere de mecanismos, tiempos y herramientas que se adapten a sus necesidades ⁵¹.

4. En todo momento y en todas las instancias deben adoptarse las herramientas de corrección y control necesarias para terminar con las discriminaciones que impiden una real igualdad en cuanto a las posibilidades de acceso y representación de los géneros. En el mismo sentido, debe favorecerse el crecimiento de las regiones y la federalización de un sistema que tiende a la concentración en Buenos Aires.

5. Es indispensable también la inversión en preservación y, por consiguiente, la puesta en marcha de la Cinemateca Nacional ⁵².

6. El fortalecimiento de los lazos de integración con las cinematografías cuyas dinámicas y necesidades resultan compatibles con las nuestras requiere del sostenimiento de políticas claras que se sustenten en el tiempo ⁵³ para facilitar (posiblemente con estudios aplicados de legislación comparada) la coproducción, la codistribución, la promoción y un crecimiento equitativo de las diferentes cinematografías.

7. Es fundamental el establecimiento de parámetros y baremos objetivos (que también se mantengan en el tiempo) para medir el resultado de las políticas aplicadas. El constante cambio de esos modos de medición y control hace muy difícil el estudio del funcionamiento del sector a lo largo del tiempo.

8. Resulta necesario establecer programas de formación de los nuevos cineastas, y de especialización, atendiendo a los cambios que están produciéndose en la percepción audiovisual de los públicos más jóvenes, consumidores asiduos de las nuevas tecnologías. Una formación que se oriente más a la idea de un espacio usuario regional que a la estrechez de algunos mercados locales. No se trata de instalar un criterio meramente industrialista, sino de promover relaciones de mutuo conocimiento y de intercambio cultural, indispensables en cualquier proyecto de integración política y regional.

9. En ese sentido, debe pensarse en disponer con carácter obligatorio la educación audiovisual en los sistemas educativos vigentes, en lo posible en la currícula de los sistemas primario y secundario (y no solo como programas especiales).

10. Deben adoptarse políticas, normativas y prácticas que tiendan a profundizar, orgánica e institucionalmente, las relaciones del cine, la televisión y

⁵¹ Los mecanismos, signados por una excesiva burocratización, responden a las realidades de una industria que en nuestro país hace ya mucho tiempo dejó de funcionar del modo pretendido en la normativa vigente.

⁵² Al respecto lo dispuesto en la Ley 25119, que crea la Cinemateca y Archivo de la Imagen Nacional no es sino, en el mejor de los casos, una expresión de deseos que en nada ha avanzado desde su promulgación en septiembre de 1999.

⁵³ Los esfuerzos realizados para que el país fuera aceptado en Eurimages, para luego abandonar esa iniciativa son un claro ejemplo de la falta de políticas que presenten un mínimo de consistencia y previsibilidad.

las nuevas tecnologías audiovisuales, entre las que figuran la informática y las telecomunicaciones, una carencia que convendría superar cuanto antes, si se coincide en el carácter cada vez más estratégico de las relaciones sinérgicas que existen entre el cine y otros medios audiovisuales y cuya evolución definirá, cada vez más, el futuro y el desarrollo de cada sector.

11. Es por ello que la cuota de pantalla (cuyo cumplimiento y control nunca fue asumido con demasiado compromiso y entusiasmo por las distintas administraciones del INCAA) es una herramienta que merece ser estudiada para su aplicación no solo a las salas cinematográficas sino a todos los medios existentes en la actualidad o futuros a través de los cuales circulen las obras audiovisuales. Dicha cuota debe pensarse no solo como un porcentaje de producciones nacionales, sino también como una “cuota de diversidad”, límite sistémico a la excesiva concentración.

12. En el mismo sentido, la necesidad de dotar de mayor autonomía (de decisión y, por supuesto, financiera) al INCAA requiere de ampliar el Fondo de Fomento, para cumplir con todas las tareas indicadas y ahora incumplidas. Es insoslayable terminar con la desigualdad que provoca la falta de regulación e imposición a las plataformas.

En definitiva, lo cierto es que el bloque de constitucionalidad no genera mayores dudas en cuanto a cuál es el mandato y cuáles los valores que deben protegerse. La emergencia y las crisis han sido las razones o excusas para incumplir aquellos mandatos o adoptar conductas que van en sentido contrario al principio de progresividad que se impone en la materia. Es necesario encontrar un punto de equilibrio que respete los principios generales, regulando (y, por lo tanto, restringiendo) solo por ley los derechos involucrados, pero atendiendo a las necesidades de dinamismo y adaptabilidad de una industria particularmente cambiante, progresiva y mutante. El principio de legalidad, piedra basal de nuestros sistemas constitucionales, admite necesarias modulaciones, delegaciones y reglamentaciones que impidan que la realidad vaya tanto más rápido que la normativa, tal como sucede ahora. El INCAA, entonces, deberá adoptar (dentro del marco legal) una actitud más atenta y versátil, a fin de realizar temporáneamente los cambios necesarios para adaptarse a una realidad que muta cada vez con más velocidad.

Es que —como se dijo desde el inicio— la opción para el Estado de simplemente retirarse de la labor que implica el apoyo al cine y a la cultura resulta inviable y disvaliosa tanto jurídica como sociológica y axiológicamente; la idea de una supervivencia aislada e individualista de mercados como los nuestros resulta muy costosa, al punto de tornarse impracticable si se prolonga en el tiempo. El sendero a recorrer tendrá que ver con la defensa de las culturas locales, pero también de la diversidad cultural, con el apoyo al cine nacional, así como la integración y el estrechamiento de las relaciones internacionales, con la coordinación de medidas y normativas y el aumento de las coproducciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Theodor – HORKHEIMER, Max, *Dialéctica del iluminismo*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1987.
- ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando J., *Régimen jurídico de la cinematografía*, Granada, Ed. Comares, 2001.
- ÁLVAREZ MONZONCILLO, José M. – LÓPEZ VILLANUEVA, Javier, “Situación de la industria cinematográfica española. Políticas públicas ante los mercados digitales”, en ÁLVAREZ MONZONCILLO, José M. – CALVI, Juan C. – GAY FUENTES, Celeste – GÓMEZ-ESCALONILLA MORENO, Gloria – LÓPEZ VILLANUEVA, Javier, *Alternativas de política cultural. Las industrias culturales en las redes digitales (disco, cine, libro, derechos de autor)*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “¿Un federalismo cultural?”, JA 2004-III-933.
- CAMBA CONSTENLA, Carmen, *El derecho de la cinematografía en España y en la Unión Europea*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.
- COUSIDO GONZÁLEZ, M. Pilar, *Derecho de la comunicación*, vol. II: “Derecho de la comunicación audiovisual y de las telecomunicaciones”, Madrid, Ed. Colex, 2001.
- CUEVAS, Antonio, *Economía cinematográfica. La producción y el comercio de películas*, Madrid, Ed. Imaginógrafo, 1999.
- DE LA SIERRA, Susana, *Derecho del cine: administración cultural y mercado*, Madrid, Ed. Iustel, 2010.
- FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, Ángel, “La explotación económica de la obra cinematográfica”, *Revista General de Derecho*, nro. 630.
- GETINO, Octavio, *Cine y televisión en América Latina. Producción y mercado*, Santiago de Chile, Ed. Ciccus, 1998.
- *Cine iberoamericano. Los desafíos del nuevo siglo*, Buenos Aires, Ed. INCAA – Ciccus, 2007.
- GITTERS, Christophe E., *Canadian National Cinema*, Londres, Ed. Routledge, 2002, caps. 1 y 3.
- GUBACK, Thomas H., *La industria internacional del cine*, Madrid, Ed. Fundamentos, 1980, vol. 1.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Luis, *Introducción al derecho cinematográfico*, Madrid, Ed. Tecnos, 1976.
- JUAN LIMA, Fernando E., *Ayudas administrativas a la cinematografía*, Madrid, Ed. Reus, 2017.
- JUAN LIMA, Fernando E. – NAPOLI, Sergio M., “La cuota de pantalla cinematográfica. Su constitucionalidad. Propuesta de reforma”, LA LEY 2008-B, 936.
- MEDINA PÉREZ, Pedro I., “Aspectos jurídicos-sociales de la cinematografía”, *Cuadernos de Política Social*, nro. 14.

- MENÉNDEZ, Pablo, “Libertad de expresión en información, derecho al honor y garantía institucional”, en *Derechos fundamentales y otros estudios. En homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, vol. I, España, Ed. El Justicia de Aragón, 2008.
- MONTIEL PAGÉS, Gustavo, “La producción de cine en México. Bajo el signo de la crisis”, en RUSSO, Eduardo (comp.), *Hacer cine. Producción audiovisual en América Latina*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2008.
- ONAINDIA, José M. – MADEDO, Fernando, “La industria audiovisual”, *Palermo Business Review*, nro. 8 (2013).
- PIETRO DE PEDRO, Jesús, “Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados”, *Revista de Cultura Pensar Iberoamérica*, nro. 1, 2002.
- “Políticas públicas y cultura”, en *Foro permanente para el pluralismo cultural*, Ed. Planet Agora, 2005.
- RAFFO, Julio, “Amenaza de *final cut* al Fondo de Fomento Cinematográfico”, disponible en <https://www.otroscines.com/nota?idnota=16769>.
- RUSSO, Eduardo (comp.), *Hacer cine. Producción audiovisual en América Latina*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2008.
- SATANOWSKY, Isidro, *La obra cinematográfica frente al derecho*, Buenos Aires, 1948, t. I.

Recepción: 7/10/2021

Aceptación: 18/10/2021

LAS OBRAS CINEMATOGRAFICAS Y AUDIOVISUALES: EL DERECHO DE AUTOR ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE EXHIBICIÓN, DISTRIBUCIÓN Y PUESTA A DISPOSICIÓN

Por LUCAS MATÍAS LEHTINEN *

Resumen:

El presente estudio tiene por objeto establecer la regulación de las obras cinematográficas a la luz del derecho de autor y cómo mediante las nuevas fronteras que aportan las tecnologías disruptivas es posible construir nuevos incentivos a la producción audiovisual, generando por medio del derecho de puesta a disposición el escenario propicio para el establecimiento de líneas de fomento con destino a plataformas. Por consiguiente, se realiza una caracterización del derecho de puesta a disposición y se analizan los nuevos modelos de negocios y las posibilidades del sistema argentino de incentivos a la producción audiovisual.

Palabras clave:

Derecho de autor, puesta a disposición, fomento, cinematografía, plataformas digitales.

* Abogado graduado en la Universidad Nacional de Córdoba, cuenta con estudios en dirección de negocios empresariales (MBA), realizando una Maestría en Administración de Empresas en la Escuela de Graduados de Ciencias Económicas. Asimismo, obtuvo una Maestría en Propiedad Intelectual en la Universidad Austral de Argentina, recibiendo diploma de honor por su desempeño académico. Actualmente, es Director de la Maestría en Propiedad Intelectual en la Universidad Austral y Gerente de Coordinación y Control en el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales. Anteriormente, ha sido director del Curso de Formación de Innovación, Desarrollo y Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba.

CINEMATOGRAPHIC AND AUDIOVISUAL WORKS: COPYRIGHT IN THE FACE OF NEW FORMS OF EXHIBITION, DISTRIBUTION AND MAKING AVAILABLE

Abstract:

The purpose of this study is to establish the regulation of cinematographic works in light of copyright law and how through the new frontiers that disruptive technologies provide it is possible to build new incentives for audiovisual production, generating through the right to make available the favorable scenario for the establishment of promotion lines destined for platforms. Consequently, a characterization of the right of availability is carried out, the new business models and the possibilities of the Argentine system of incentives for audiovisual production are analyzed.

Keywords:

Copyright, making available, promotion, cinematography, digital platforms.

INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo completamente audiovisual. Cada vez más nos encontramos rodeados por imágenes que interpelan a nuestra emoción, reflexión y a reflejar nuestra cultura. Un mundo audiovisual que permite visibilizar cada localismo dentro de un federalismo y también dentro de un mundo de creciente innovación y tecnología.

En este contexto, la obra cinematográfica —en sentido estricto— no escapa a la impronta de un mundo digital, como tampoco lo hace su terruño, esto es, el derecho de autor que le da sentido y unidad.

El creciente avance de las tecnologías, el fenómeno —cada vez más expandido— del “prosumidor”¹ y la aparición en el último cuarto de siglo de la convergencia digital de sistemas multiplataforma o plataforma *over the top* (OTT) permiten aprovechar las posibilidades de internet para acercarnos múltiples contenidos autorales.

Todo ello nos lleva a discernir que el cambio es acelerado, dinámico; parece ser un nuevo paradigma y, con ello, la duda acerca del camino regulatorio desandado se plantea como respuesta irreflexiva. Sin embargo, parece que la confluencia de fundamentos, el entender la significación de los derechos auto-

¹ Cfr. TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, Barcelona, Plaza y Janes, 1998 (traducción de MARTÍN, Adolfo), en cuanto refieren a que no sólo actuamos como consumidores y usuarios, sino también como productores de nuevo contenido, lo que implica que nuestro rol unidireccional, se cambia por un rol bidireccional que contribuye a la generación de contenido o incide en su desarrollo. Incluso, esto se vivencia -ahora- con el rol que tienen los datos recopilados mediante algoritmos que desarrollaremos en la última parte de este artículo.

rales como fundantes del sistema, las complejidades de los compromisos asumidos, encuentran algunas respuestas a los interrogantes y plantean desafíos regulatorios y de gestión.

La actualidad impone analizar los principios que iluminan la materia autorral, entender el modelo de negocio de las nuevas formas de producción, la significancia que tienen para el desarrollo cultural y el respeto de la identidad propia, sin perder de vista la importancia económica que encierra el sector audiovisual en su conjunto para América Latina y la Argentina en particular.

Este artículo intenta desentrañar el rol de la producción audiovisual, el escenario sobre el que se asienta, aportar los caminos que se abren y las posibilidades jurídicas que los nuevos derechos patrimoniales permiten a la explotación de la producción audiovisual, sin descuidar el equilibrio y la armonía entre los intereses públicos culturales y el desarrollo de la producción audiovisual. El Dr. Villalba ² cita a Kartashkin, quien refiere: “la participación significativa en la vida cultural y la utilización de los beneficios del progreso científico solo son posibles si existe una protección efectiva de los derechos de autor y una conservación adecuada de la herencia cultural” ³.

Es así que comprender las dinámicas actuales de los derechos de autor, sus desafíos y sus interacciones con las nuevas tecnologías permitirá garantizar que existan los mecanismos de fomento y desarrollo del sector y dotarlo de nuevas posibilidades de desarrollo y crecimiento, aun cuando los cambios regulatorios se realicen lentamente, puesto que, más allá de los extremos de la letra de la ley, existe la interpretación de un esquema creado por principios que dotan de significado y acción a los derechos en este contexto digital.

1. LAS OBRAS CINEMATOGRAFICAS

La obra cinematográfica es una obra compleja que resume un sinnúmero de aportes; presenta un sistema particular de coautoría y titularidad, sujeto a precisas reglas legales y a una multiplicidad de ordenamientos que lo regulan, en cuanto a su contenido autoral, por su medio de transmisión y en relación con sus mecanismos de fomento y promoción.

Tres ordenamientos la caracterizan y se complementan, como se analizará más adelante. Esto remite a la complejidad de una obra en colaboración, que se desarrolla con un esquema de producción propio y que hoy se ha visto atravesada por las nuevas tecnologías.

² VILLALBA, Carlos, “Cultura, derecho de autor y derechos conexos. Evolución de la legislación nacional. Los tratados internacionales y el orden constitucional” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, UBA, t.: 2014 — I, pp. 3-17.

³ KARTASHKIN, Vladimir., “Las dimensiones internacionales de los derechos humanos”, en VAŠÁK, Karel (dir.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, París, UNESCO, 1948.

En otras palabras, como expresa Satanowsky, en relación con la complejidad de la caracterización de este tipo de obras:

“Ninguna otra actividad del entendimiento comprende y exterioriza tantos campos de la acción humana: el arte, la ciencia, la técnica, la organización industrial, la economía, las finanzas, los problemas sociales, culturales y políticos; en suma, este tipo de obra se caracteriza, entre otras cosas, por la multiplicidad de aportaciones de distinto género que la componen, así como correlativamente por el gran número y variedad de sujetos que participan en su elaboración”⁴.

Conforme a las distintas instancias del quehacer cinematográfico, en la producción de una película intervienen diversas personas, pero es necesario diferenciar sus aportes en esta obra y comprender la correcta caracterización a los fines de entender la complejidad de nuestro sistema autoral.

1.1. Concepto

Nuestra legislación no posee un concepto de obra cinematográfica; por el contrario, existe una suerte de categoría de sinonimia jurídica que la define como película o filme, o como relacionada a diversas características, sea por su duración o su espacio de exhibición, entre otras⁵.

En el derecho comparado existen definiciones y una caracterización jurídica; tan es así que la Ley de Propiedad Intelectual de España establece en su art. 86:

“... las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, entendiéndose por tales las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la na-

⁴ SATANOWSKY, Isidro, *La obra cinematográfica frente al derecho*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1948, t. I, p. 93.

⁵ Cfr. art. 8 de la Ley 17.741 (t.o. 2001), que dispone las condiciones para que una película sea considerada nacional: “A los efectos de la ley son películas nacionales las producidas por personas físicas con domicilio legal en la República o de existencia ideal argentinas, cuando reúnan las siguientes condiciones: a) ser habladas en idioma castellano; b) ser realizadas por equipos artísticos y técnicos integrados por personas de nacionalidad argentina o extranjeros domiciliados en el país; c) haberse rodado y procesado en el país; d) paso de TREINTA Y CINCO (35) milímetros o mayores; e) no contener publicidad comercial. Las posibles excepciones a lo establecido en los incisos a), b) y c), como el uso de material de archivo, sólo podrán ser autorizadas, previo a la iniciación del rodaje por el INSTITUTO NACIONAL DE CINE Y ARTES AUDIOVISUALES, ante exigencias de ambientación o imposibilidad de acceso a un recurso técnico o humano que pueda limitar el nivel de producción y cuando su inclusión contribuya a alcanzar niveles de calidad y jerarquía artística. Tendrán, igualmente, la consideración de películas nacionales las realizadas de acuerdo a las disposiciones relativas a coproducciones. Se considerarán películas de cortometraje las que tengan un tiempo de proyección inferior a SESENTA (60) minutos y de largometraje las que excedan dicha duración.

turalidad de los soportes materiales de dichas obras. Todas las obras enunciadas en el presente artículo se denominarán en lo sucesivo obras audiovisuales”⁶.

Asimismo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual caracteriza a la obra cinematográfica de la siguiente manera:

“Es toda secuencia de imágenes en sucesión fijada sobre un material sensible idóneo, casi siempre sincronizada con sonidos y música, con el objeto de ser proyectada como filme en movimiento”⁷.

Esto la diferencia de la obra fotográfica, por el carácter estático de esta última, pero, por sobre todo, por la multiplicidad de aportes de esta obra compleja. De manera que no solo implica el desarrollo de una dinámica de sucesión de imágenes, sino que estas se dotan de un significado por un argumento que hace de hilo y sirve para amalgamar el sentido narrativo de la historia que se cuenta.

1.1.1. Test de originalidad: ejercicio de la creatividad

En los albores de la cinematografía, el cine se concebía como un mero medio de reproducción de una realidad existente, similar a lo que sucedió con la fotografía; no se valoraba la creatividad humana desplegada en dicha actividad⁸.

Por esta razón, los productos de la técnica cinematográfica, las distintas filmaciones, no se consideraban como creaciones del intelecto humano.

No obstante, la técnica cinematográfica pronto dejó de considerarse como un simple medio de reproducción y se convirtió en un auténtico medio de expresión y de manifestación de la cultura e idiosincrasia; es así que hacia el año 1908 se revisó el Convenio de Berna⁹ y se incluyeron estas obras.

Tan es así, y por la impronta de personalidad que transmiten, por más que sean obras derivadas, los autores de las obras cinematográficas gozarán de los mismos derechos que los autores de las obras originales.

De este modo, desde la creación y su manifestación formal gozan de la protección y el ejercicio de los derechos patrimoniales y morales.

Como veremos, este tipo de obras presentan características diferenciadoras por su complejidad, que se manifiestan en su desarrollo en las distintas ins-

⁶ Cfr. REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁷ OMPI, Glosario de derecho de autor y derechos conexos, citado en: EMERY, Miguel Ángel (dir.), *Propiedad intelectual. Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 31.

⁸ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, Sala I, “SADAIC C/ ANDESMAR”, Buenos Aires, La Ley, 2002-C, 8, disponible en: <http://www.dpi.bioetica.org/jurisdpi/jurisprudencia.htm> (consultado el 10/09/2021), en donde se realiza un interesante resumen histórico de la evolución cinematográfica.

⁹ Cfr. art. 14 bis inc. 1, CONVENIO DE BERNA, que expresa: “Sin perjuicio de los derechos del autor de las obras que hayan podido ser adaptadas o reproducidas, la obra cinematográfica se protege como obra original. El titular del derecho de autor sobre la obra cinematográfica gozará de los mismos derechos que el autor de una obra original, comprendidos los derechos a los que se refiere el artículo anterior”.

tancias de la producción y requieren de una labor técnica-creativa que permite dotar de impronta a cada película, de manera que uno puede identificar por ciertas particularidades algunos tipos de producciones cinematográficas, sin necesidad de que le enuncien quién es su director, guionista o productor.

Para resumir las distintas etapas de construcción de una película se debe entender que como etapa previa existe la presentación de una idea, un concepto de lo que se quiere contar. Luego, la realización de tareas de preproducción, que implican un sinnúmero de actividades desplegadas por técnicos, equipos de trabajo para la selección de vestimenta, lugares de grabación, locaciones, logística, selección de elenco, negociación de posibles coproducciones, entre otras actividades. Finalmente, el comienzo de rodaje, que requiere semanas de realización, para culminar en la etapa de posproducción, edición y montaje, llegando al estreno. Son meses o años de trabajo para expresar ese concepto original en una obra de algunas horas.

Ese trabajo tiene como fundamento un entramado jurídico, contractual y de gestión de derechos de propiedad intelectual que debe ser analizado para entender, como señala un autor santafesino ¹⁰, que la hiposuficiencia negocial requiere que se minimicen los riesgos para que pueda garantizarse la mayor distribución y exhibición posibles.

1.2. Caracterización con relación a la obra audiovisual

La precisión en el uso de los términos y las palabras hace a la construcción correcta de las distintas categorías jurídicas de un ordenamiento determinado. En este caso, parece existir una sinonimia entre la obra cinematográfica y la obra audiovisual.

Sin embargo, las obras audiovisuales son un concepto más amplio que el de obras cinematográficas, aunque comparten rasgos comunes.

Estos rasgos se centran en elementos característicos, como ser: la presencia de un guion, el desarrollo de una dinámica de colaboraciones de artistas y músicos, el uso de diversos medios de transmisión y la presencia de distintas formas de exhibición.

No obstante, si se tratara de trazar una perspectiva histórica, se podría decir que la obra cinematográfica es la especie antecedente de este género que son las obras audiovisuales.

¹⁰ En relación a la necesidad de formalización de los derechos autorales para garantizar una adecuada protección y ejercicio de derechos patrimoniales y morales ver GOZALBEZ, Rodrigo, “Elementos de la Directiva (UE) 2019/790 sobre el derecho de autor y derechos afines en el mercado único digital respecto a la brecha de valor en internet” en ORDONEZ, Carlos (dir.), *Derecho y Tecnología Procedimientos electrónicos. Prueba electrónica. Forensia digital. Litigación y nuevas tecnologías. Jurisprudencia. «legaltech» e innovación legal*, Buenos Aires, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 194.

Ahora bien, la obra cinematográfica presenta caracteres que la hacen diferente a otros tipos de colaboraciones, y de allí su complejidad. Por cuanto, si bien algunos autores ¹¹ sostienen que no puede existir una trasposición de reglas entre obras cinematográficas y audiovisuales, existe otro sector de la doctrina ¹² que sí acepta esta aplicación analógica.

El derecho comparado opta por la segunda solución ¹³, extendiendo dichas interpretaciones a las obras no cinematográficas, como define algún ordenamiento.

En particular, pienso que es posible extender la regla por analogía. No obstante, en la actualidad y frente a la inclusión en el análisis de otras obras multimedia, como ser los videojuegos y otras evoluciones tecnológicas, no pueden analizarse de forma simple mediante equiparaciones, sino que se requiere entender las formas de realización para ver si existe una colaboración indivisible, que se traduce en una obra audiovisual, o una colaboración divisible, que implica el agrupamiento de diversas obras individuales.

Para respaldar esta tesis, basta con recurrir al Convenio de Berna, en donde los países de la Unión expresaron y consensuaron en el texto del art. 2º, inc. 1º: “... las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía...” ¹⁴.

En consecuencia, pueden ser equiparadas, siempre y cuando tengan consecuencia en lo creado, esto es, la obra refleje las características propias de la obra cinematográfica, que analizaremos a continuación.

¹¹ Cfr. LIPSZYC, Delia y VILLALBA, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 132.

¹² Cfr. EMERY, Miguel Ángel, op. cit., p. 32.

¹³ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Las obras cinematográficas y otras obras audiovisuales”, disponible en: <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1528/Las%20obras%20cinematogr%C3%A1ficas%20y%20otras%20obras%20audiovisuales.pdf?sequence=1> (consultado el 20/09/2021). El autor menciona que, bajo el Derecho alemán, la generalidad de las reglas especiales sobre obras cinematográficas se aplica también a las obras consistentes en secuencias de imágenes o secuencias de imágenes y sonidos, que no estén protegidas como obras cinematográficas (art. 95 de la Ley de Derechos de Autor), pero ello no es el caso respecto de las presunciones en materia de la transferencia de derechos de autor al productor.

¹⁴ Cfr. art. 2 inc. 1 del Convenio de Berna, que expresa: “Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias».

1.2.1. *Obra en colaboración*

Conforme se ha mencionado, las obras cinematográficas son obras en colaboración; esto implica que existe un trabajo de dos o más personas que parten de una inspiración común o, en su defecto, cada una de ellas tiene en cuenta sus colaboraciones.

En este sentido, la legislación ha dotado de la presunción de autoría a más de un colaborador de la obra cinematográfica. En particular, en la legislación argentina, gozan de los derechos de coautoría y cotitularidad de la obra: el autor del guion, el director y el productor; si nos encontramos en presencia de una obra musical, también tiene el mismo rango el autor de la música.

Es decir, estamos en presencia de una coautoría perfecta, inescindible, entre los aportes, dado que lo contrario desnaturalizaría la obra.

Al decir de la jurisprudencia:

“Una vez incorporados todos los elementos que la componen, la obra cinematográfica constituye una unidad autónoma, orgánica e indivisible, en la que los diferentes aportes se reúnen, transforman y confunden”¹⁵.

De manera que las obras cinematográficas son una obra en colaboración, que se resume en elementos objetivos y subjetivos para su caracterización, centrados los primeros en la multiplicidad de aportes de diversas expresiones artísticas —obras— y los segundos, en la atribución a una persona —humana o jurídica— de la dirección y coordinación de la actividad creativa para su explotación comercial, independientemente de las posibilidades de explotación de las diversas obras que la componen.

Asimismo, en la colaboración, los coautores disfrutan de los mismos derechos, salvo pacto en contrario¹⁶, y eso permite que se distribuyan el ejercicio de los derechos patrimoniales y sus facultades entre los distintos coautores.

En este sentido, cabe destacar la explicación formulada por el Dr. Villalba Díaz, quien enuncia:

“[L]o cierto es que muchas veces, en distintos géneros de obra, advertimos que las obras son compuestas por el esfuerzo intelectual de dos o más creadores bajo una inspiración común.

”Este régimen se denomina coautoría, y puede distinguirse entre perfecta e imperfecta. El primero de los supuestos aparece cuando los aportes de cada uno de los colaboradores se confunden, y el solo hecho de separar las contribuciones significaría desnaturalizar la obra. Normalmente en las legislaciones de nuestra región se presume que todos los coautores participaron en partes iguales y todos

¹⁵ Cfr. C. Nac. Civ., sala E, 23/11/1995, “SADAYC v. Aries Cinematográfica S.R.L.”, ED 173-37 y LL 1996-D-171; sentencia de la Dra. Inés Weinberg de Roca, confirmada por la C. Nac. Civ., sala M, 12/3/1997, “Agresti v. Warner Music S.A.”, ED 177-523, con nota de Emery, Miguel A., “El video y la obra cinematográfica. Contrato de intérprete. Prescripción de las acciones en materia de propiedad intelectual”.

¹⁶ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO/CERLAC/ Zavalía, 1993, p. 130.

tienen derechos proporcionales sobre la obra completa. De todas maneras, en el caso en que las participaciones hayan sido desiguales, se pueden estipular en contratos de coautoría los porcentajes atribuibles.

”Por otro lado, se llama coautoría imperfecta u obra compuesta a las que, contrariamente al supuesto anterior, los aportes individuales de cada uno de los autores pueden separarse sin desnaturalizar la obra”¹⁷.

De lo enunciado por el Dr. Villalba Díaz se pueden encontrar ejemplos en diversas legislaciones del derecho comparado¹⁸. No obstante, a renglón seguido analizaremos las particularidades de nuestro propio régimen.

1.2.2. Ejercicio de la titularidad

La ley 11.723, en su art. 20¹⁹, estipula:

“Salvo convenios especiales, los colaboradores en una obra cinematográfica tienen iguales derechos, considerándose tales al autor del argumento, al productor y al director de la película.

”Cuando se trate de una obra cinematográfica musical, en que haya colaborado un compositor, este tiene iguales derechos que el autor del argumento, el productor y el director de la película”.

Por consiguiente, los colaboradores mencionados en el título anterior de este trabajo gozan de iguales derechos, salvo que existan convenios especiales, los cuales solo afectarán el ejercicio de los derechos patrimoniales y no los derechos morales de los colaboradores, que de por sí son intransmisibles e irrenunciables.

En este sentido, los distintos colaboradores pueden pactar su retribución, forma de distribución de regalías o pagos de forma libre, sin necesidad de otra imposición.

Ahora bien, el sistema argentino de colaboración cinematográfica ha optado por la realización de una cesión legal o atribución de legitimación para favorecer el desarrollo de la obra y su explotación comercial; es así que el art. 21 de la ley 11.723 estipula:

“Salvo convenios especiales: El productor de la película cinematográfica, tiene facultad para proyectarla, aún sin el consentimiento del autor del argumento o del compositor, sin perjuicio de los derechos que surgen de la colaboración.

”El autor del argumento tiene la facultad exclusiva de publicarlo separadamente y sacar de él una obra literaria o artística de otra especie.

¹⁷ VILLABA DIAZ, Federico, “¿Cómo se adquiere el derecho de autor? Adquisición de la titularidad en distintos tipos de obras”, Inédito, Buenos Aires, Universidad Austral.

¹⁸ Ver: art. 15, inc. 2º de la Ley 9.610 del 19 de febrero de 1998 (Ley sobre Derechos de Autor) de Brasil y art. 36 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos N° 312 de Nicaragua de 1999, entre otras.

¹⁹ Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.847 B.O. 6/1/2004.

”El compositor tiene la facultad exclusiva de publicar y ejecutar separadamente la música”.

En consecuencia, queda en cabeza del productor o productora el pleno ejercicio de los derechos de explotación económica, respetando las reglas de la colaboración y reservando al guionista y musicalizador la posibilidad de gestionar la explotación comercial de su propio aporte artístico a la obra, sin que ello implique escindirla de la principal.

Existe únicamente una previsión para el desarrollo de estos derechos, y esta se encuentra en cabeza del productor, conforme al art. 22 de la ley 11.723:

“El productor de la película cinematográfica, al exhibirla en público, debe mencionar su propio nombre, el del autor de la acción o argumento o aquel de los autores de las obras originales de las cuales se haya tomado el argumento de la obra cinematográfica, el del compositor, el del director artístico o adaptador y el de los intérpretes principales”.

Este artículo es la muestra del resguardo del derecho moral de atribución de origen o paternidad de los distintos colaboradores de la obra cinematográfica y un reconocimiento legal a la existencia de estos en el marco del sistema jurídico argentino y su carácter irrenunciable.

Antes de continuar hacia las dificultades que plantean las nuevas tecnologías y su disrupción, es preciso sentar los fundamentos constitucionales de la protección de las obras autorales y de las cinematográficas en particular.

1.2.3. Raigambre constitucional y caracterización del derecho de autor como derecho humano

Si el federalismo es una forma de Estado que acoge la descentralización política con base territorial para reunir en una unidad política común a varias entidades estadales autónomas, quizá podemos sugerir que, en cierta medida, concilia la unidad y el pluralismo, la fuerza centrípeta y la fuerza centrífuga.

A partir de acá, veamos si en el ámbito cultural argentino hay algo semejante al federalismo, que nos muestre una pluralidad cultural componiendo una cultura común.

De este modo, cuando hablamos de “unidad” cultural no podemos pensar en un monoculturalismo. “Unidad” cultural debe ser “una” cultura (común) de composición e integración pluralista. Es decir, una cultura formada por varias, todas cuantas tengan presencia y existencia en una sociedad políticamente unificada (Estado).

Esto ya permite vislumbrar la idea de que la cohesión que anude esta cultura pluralista con y en una unidad política necesita plasmar tal unidad en un Estado democrático e incorporar con participación activa a las identidades y las diferencias. Nos hallamos, entonces, de cara a una cultura que, multiculturalmente, se inserta con pluralismo político como cultura compleja.

La cultura así entendida toma encarnadura en una diversidad de estilos y de realizaciones concretas en el tiempo y en el espacio, y se manifiesta en

la ciencia, la técnica, el arte, el lenguaje, los hábitos, la ética, las creencias, la filosofía, la economía, las instituciones, el derecho, la política.

Si al conjunto de circunstancias culturales que hacen parte de un entorno social y que influyen en él y en su gente le atribuimos la dimensión peculiar del “ambiente” (o medioambiente), es fácil que hagamos a la cultura formar parte de ese ambiente en el cual convive una sociedad. La cultura dentro del ambiente, como integrante de él, se hace visible —por ejemplo— cuando pensamos en el patrimonio histórico, artístico, natural, etc., de una comunidad. Las personas que componen tal comunidad “comparten” y “tienen parte” en ese patrimonio —cultural— dentro del ambiente donde se hallan situadas e influenciadas.

Así, la cultura del Estado democrático, la cultura democrática, el pluralismo cultural, permiten afinar en la sociedad abierta cada una de las peculiaridades que registra la cultura social.

En este sentido, Bidart Campos señala:

“La libertad cultural —por su lado— da circulación a múltiples bienes culturales, todos unitariamente aunados en la sumatoria que les depara la cultura con su dimensión de bien colectivo. Hablar de la cultura como bien colectivo presupone dos conceptos: uno, que reenvía a bienes y valores; otro, que destaca el protagonismo de los grupos como actores sociales, con una doble participación en la vida cultural: activa, en cuanto crea bienes culturales, y pasiva, en cuanto da recepción a los mismos”²⁰.

La Constitución histórica ya tenía una expresa mención al reconocimiento del derecho de autor y establecía en su art. 17: “... Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...”.

Comprendiendo estas realidades, la ley nacional 24.309 —declaratoria de la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional, que cristalizó en la modificación de 1994— incluyó como tema habilitado por el Congreso para su debate en la Convención Constituyente la denominada “cláusula del progreso”.

Con la modificación y enumeración del articulado constitucional, a manos de la reforma de 1994, parte de aquel artículo pasó a ser el inc. 19 del art. 75, introduciéndose una cláusula específica en materia de derechos de los pueblos indígenas argentinos, que textualmente expresa:

“[D]ictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

Corresponde recordar que el precepto tuitivo del derecho de autor fue plasmado y ratificado normativamente en la Ley Fundamental, como sustento de la cultura y el desarrollo productivo.

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán, “¿Un Federalismo Cultural?”, publicado originariamente en el *Número Especial de Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, A 10 años de la reforma constitucional, Buenos Aires, agosto de 2004.

Ahora bien, la norma constitucional incluye el expreso reconocimiento de que la participación significativa en la vida cultural y la utilización de los beneficios del progreso científico solo son posibles si existen una protección efectiva de los derechos de autor y una conservación adecuada de la herencia cultural.

Esto guarda correlación con lo dispuesto en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Tan es así que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), en su art. XIII ²¹, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948), en su art. 27 ²², incluyen el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor en forma aunada y no subordinada.

Frecuentemente se postula que los derechos de autor tendrían menor preponderancia que los derechos de acceso a la cultura. No obstante, la regulación internacional y nuestro orden constitucional ²³ los colocan en un plano de igualdad.

Ahora bien, frente a un conflicto de derechos fundamentales, cabe analizar cómo deberá realizarse la interpretación de la situación puesta a nuestro análisis y con ella recordar las reglas interpretativas necesarias para que no haya un detrimento o una obstaculización del ejercicio pleno de estos derechos, que representan el ejercicio pleno de bienes básicos, al decir de John Finnis ²⁴, y son el primer motor que permite la garantía de muchos derechos.

En consecuencia, estos derechos son inalterables y no pueden ser menoscabados por el solo hecho de favorecer a uno, quitándole a otro; por el contrario, el ideal del prudencialismo jurídico reside en un juicio de razonabilidad y de armonía que permita la coexistencia jurídica.

Así lo refieren ambas declaraciones. En particular, el sistema interamericano, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su art. 29:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Con-

²¹ Cfr. artículo XIII, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”.

²² Cfr. Artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

²³ Ver artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional de la República Argentina.

²⁴ Cfr. FINNIS, John, *Human Rights and Common Good. Collected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

vención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”²⁵.

De este modo, el derecho de autor tiene el mismo peso, y su protección garantiza el acceso a la cultura, lo promueve y permite que se expandan las posibilidades de exhibición y desarrollo del sector audiovisual.

2. LOS DESAFÍOS DE LAS NUEVAS FORMAS DE EXHIBICIÓN: EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN

Existe una profusa literatura en relación con la evolución tecnológica y su incidencia en el derecho de autor y en la propiedad intelectual, alguna de ella postulando que implica un quiebre de los mecanismos de protección.

Lejos de ser una situación cartesiana, la realidad muestra que la perspectiva histórica y económica de la evolución de la tecnología fue acompañada —a distinto tiempo y diferente dinámica— por la regulación del derecho de autor y de los derechos conexos. Encontramos el primer antecedente de esta evolución en la recepción en el ámbito internacional de dos Tratados que se refieren a autores e intérpretes, los conocidos vulgarmente como “Tratados OMPI Internet”, que no son otros que el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones, Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF), ambos del año 1996.

El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, en su art. 8º, estableció:

“Sin perjuicio de lo previsto en los arts. 11.1)ii), 11 bis 1)i) y ii), 11 ter 1) ii), 14.1)ii) y 14 bis 1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

Como un ejercicio reglamentario, la Unión Europea incorporó dichos Tratados en su ámbito interno y propició una regulación que, siguiendo a la Dra. Braga de Siqueira²⁶, se tradujo en una intensa labor legislativa que empezó a

²⁵ Cfr. artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁶ BRAGA DE SIQUEIRA, María Rita, “El derecho de puesta a disposición del público: antecedentes normativos y primera jurisprudencia”, en *Revista de Propiedad Intelectual*, Universidad Carlos III de Madrid, ISSN 1576-3366, nro. 34 (enero-abril 2010).

finales del siglo XX, cuando se crearon varios instrumentos normativos que van desde el Libro Verde sobre los “Derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de información”, de 27 de julio de 1995, y la aprobación de distintas Directivas comunitarias en la Unión Europea —como la de protección de los programas de ordenador o la de protección jurídica de las bases de datos—, hasta llegar a la elaboración de la Directiva 2001/29/UE, de 22 de mayo, relativa, precisamente, a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de información, y, por último, a la reciente Directiva Europea de Derechos de Autor, UE 2019/790.

Por consiguiente, con la circulación de las obras e interpretaciones en el entorno digital se ha consolidado una adaptación de tradicionales conceptos del derecho autoral, como ser los derechos patrimoniales de comunicación al público y de reproducción.

Quizás, en una primera etapa, el derecho de reproducción ha sido el más intensamente discutido; sin embargo, hoy la evolución tecnológica hace presente que es preciso definir las nuevas fronteras del derecho de comunicación al público y en particular el nuevo derecho de puesta a disposición en el entorno digital. Esto se debe a que las obras dejaron de ser entendidas por el ecosistema de internet como un producto comercializable, para ser entendidas como la prestación de un servicio, esto es, al arbitrio del usuario y a gusto de cada consumidor.

Cabe remarcar que aquí no se trata de un mero hecho de apreciación de las palabras o de sus definiciones, sino de un cambio en la forma de consumo de las obras, que conlleva e incide de manera decidida en la industria cinematográfica.

2.1. La incidencia del derecho de puesta a disposición en la explotación de este tipo de obras

El consumo en el entorno digital cambió; también se mencionó que hubo un giro en la importancia desde el derecho de reproducción al derecho de comunicación al público. Centrándonos en este, debemos partir de un concepto, y lo podemos definir como sigue:

“[T]odo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares”. Y luego agrega: “... La comunicación se considera pública, cualesquiera que fueren sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no es estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”²⁷.

De esta manera, el derecho de comunicación pública es distinto al de distribución, ya que mientras el primero otorga atribuciones exclusivas al autor o a

²⁷ LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, p. 280.

quien él designe para explotar la obra a través de su representación o ejecución pública, ya sea *directa* (“en vivo”) o *indirecta* (por medio de algún medio de fijación material o de transmisión por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento similar), el derecho de distribución otorga al autor atribuciones exclusivas para explotar la obra por medio de la venta, arriendo, préstamo o cualquier otra forma de transferencia, sea en un entorno físico o digital.

Por consiguiente, en el ámbito digital es importante discernir el rol del derecho de comunicación al público, su incidencia y el rol de las sociedades de gestión, para garantizar la trazabilidad y correcta información a los autores, como también una información clara y precisa de las plataformas que hacen utilización de dichas obras.

Por ello, la puesta a disposición al público de la obra en redes digitales interactivas, que permita acceder a la obra en el momento y lugar que cada miembro del público determine, se ha asimilado a un acto de comunicación pública. No obstante, debemos preguntarnos si tienen los mismos límites o fronteras, por cuanto el derecho de puesta a disposición parece estar determinado por una mayor cantidad de usos de las obras autorales que el derecho de comunicación al público, y estar relacionado de forma cercana con el derecho de reproducción.

Ahora bien, esta demanda a la “carta” y a gusto del consumidor genera un problema adicional, que es la incidencia de la tecnología en la preferencia, sea a través del uso de información y datos o sea por determinación del algoritmo de la plataforma, lo que entraña que el derecho de puesta a disposición sea de mayor alcance que el derecho de comunicación al público o, en su defecto, que tenga una incidencia mayor para incorporar a la dinámica comercial actual.

Más allá de esto, es necesario destacar que la puesta a disposición abarca cada vez mayores atribuciones para el autor en el entorno digital, las que se traducen en la posibilidad de adquisición por el autor de un sinnúmero de facultades con respecto al uso de sus obras.

La puesta a disposición se establece como una facultad que permite incluso introducirse —como se verá más adelante— en el aprovechamiento de los mecanismos administrativos de fomento para desarrollar líneas alternativas para expandir las posibilidades de fomento directo o indirecto del desarrollo de las obras cinematográficas.

2.2. *La nueva Directiva de derecho de autor de la Unión Europea*

Con el advenimiento de la Directiva UE 790/19, se ha puesto en el centro de la escena el rol fundamental que presentan los derechos de autor en el entorno digital y para las obras audiovisuales y cinematográficas en particular.

Tan es así que en las consideraciones previas la Directiva expresa:

“La rápida evolución tecnológica transforma sin cesar la manera en que se crean, producen, distribuyen y explotan las obras y otras prestaciones. Siguen surgiendo nuevos modelos de negocio y nuevos agentes. La legislación aplica-

ble debe mantener un carácter estable frente a futuras innovaciones, de forma que no limite el desarrollo tecnológico. Los objetivos y los principios establecidos por el marco de la Unión en materia de derechos de autor continúan siendo sólidos. Con todo, persiste cierta inseguridad jurídica, tanto para los titulares de derechos como para los usuarios, en lo que se refiere a determinados usos, entre ellos los de carácter transfronterizo, de las obras y otras prestaciones en el entorno digital [...] así como medidas destinadas a facilitar determinadas prácticas de concesión de licencias en lo que respecta en particular, pero no solamente, a la difusión de obras y otras prestaciones que están fuera del circuito comercial y la disponibilidad en línea de obras audiovisuales en plataformas de vídeo a la carta con miras a garantizar un mayor acceso a los contenidos”²⁸.

En la inteligencia de profundizar la regulación del derecho de puesta a disposición, la Directiva tiende a fortalecer el mecanismo precautorio y la definición de las nuevas fronteras de este derecho, ampliando las facultades del autor. Por consiguiente, en su art. 17, parág. 1º, establece:

“Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente Directiva cuando ofrecen al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios. Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el art. 3º, aparts. 1º y 2º, de la Directiva 2001/29/CE, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones”.

Establece una sinonimia entre el derecho de comunicación al público o puesta a disposición y la clara obligación para los distintos usuarios de adquirir esos derechos mediante una licencia. Continuando con el artículo, se pueden establecer los mecanismos de responsabilidad para prestadores y servicios en línea y se destaca cuándo no existe violación al derecho de puesta a disposición o comunicación al público, siempre y cuando se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 17, parág. 4º, de la mencionada Directiva, la cual establece:

“... [L]os prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a disposición de este, de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestren que: a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notifica-

²⁸ Cfr. Directiva UE 790/19.

ción suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b)”²⁹.

De esto se deduce que la regla es la autorización y la licencia por parte del autor, lo que traducido implica una erogación por ese derecho patrimonial, esto es, un precio como contraprestación de la licencia.

3. EL APARENTE CALLEJÓN SIN SALIDA DE LA PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL: LOS PROBLEMAS DE LA DIGITALIZACIÓN Y EL DESAFÍO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Como se ha mencionado, el entrono digital trajo consigo diferencias en la gestión de los contenidos audiovisuales y de las obras cinematográficas en particular. De manera que frente al entorno digital las obras cinematográficas se exponen a nuevos usos, formas y maneras de desarrollo.

En particular, la distribución digital se ha visto unida a nuevos escenarios de exhibición, generando una preponderancia de algunos actores y una integración en la cadena de comercialización de las obras.

Esto importa analizar el modelo de negocio que tienen los distintos formatos de lo audiovisual y, en su caso, qué opciones pueden llevarse adelante para la gestión de los contenidos en línea.

3.1. La confluencia de la distribución y la exhibición: el rol protagónico de las nuevas formas de producción y el desafío de las OTT

Todos los casos de disrupción en la cadena de valor audiovisual dieron como resultado tendencias de integración vertical entre producción y distribución de contenido. Del mismo modo, la entrada de las plataformas OTT se ha traducido en una reconfiguración de la cadena de valor, que lleva a una transformación de la producción de contenido y de los modelos de negocio de distribución, combinada con la aparición de diferentes modos de integración.

De esta forma, encontramos un nuevo actor, las plataformas, que requiere entender el modelo para establecer reglas. Existe un nuevo juego y es necesario conocer la multiplicidad de formas y adaptaciones.

Por un lado, existen, definiciones de sistemas o medios a través de los cuales se transmiten los contenidos audiovisuales difundidos en internet, a saber:

²⁹ *Ibidem.*

Cuadro 1	
Medio o sistema	Definición
Servicio OTT	Es la difusión de contenidos a través de internet sin la participación de servicios de operadores de cable o satélite o de servicios de telecomunicaciones. Los servicios OTT pueden ofrecer diferentes tipos de contenido (como contenido audiovisual y música) y otros servicios (como tiendas de aplicaciones o almacenamiento). Es similar al concepto de “plataforma digital”.
IPTV	Es la difusión de contenidos a través de internet de banda ancha. Este protocolo está organizado y controlado por un operador de cable o satélite y/o (principalmente) un operador de telecomunicaciones. Suele definirse en contraste con los servicios OTT. Los operadores suelen ofrecer contenido gratuito de canales de televisión por aire, así como otros canales que normalmente se pueden encontrar en servicios de cable o satélite. Generalmente requiere un decodificador o una aplicación para permitir que el contenido se vea en la pantalla.

Fuente: Información extraída del estudio “Study on the Audiovisual Legal Framework in Latin America. Part 2: The legal framework of the audiovisual sector in the digital environment”, realizado para la OMPI por Marta García León ³⁰.

Por otro lado, existen términos que definen cómo se explota el contenido audiovisual en uno o más de los sistemas descriptos:

³⁰ GARCÍA LEÓN, Marta, “Study on the audiovisual legal framework in Latin America. Part 2: The legal framework of the audiovisual sector in the digital environment”, estudio parte del *Pilot Project on Copyright and the Distribution of Content in the Digital Environment of the WIPO Committee on Development and Intellectual Property (CDIP)*, OMPI, 2021.

Cuadro 2	
VOD - Video a demanda	Clásico: estos son servicios de pago, el pago suele realizarse en una de dos formas en las que se basan diferentes modelos de explotación audiovisual: pago único para ver el contenido particular (una vez, o permitiendo un número ilimitado de visualizaciones en un período corto de tiempo, típicamente 24 o 48 horas).
	Suscripción: un sistema basado en el pago de una tarifa de suscripción regular, generalmente mensualmente, a cambio de lo cual el consumidor tiene acceso gratuito a diversos contenidos ofrecidos por la plataforma o servicio, para visualización ilimitada.
	Transaccional: un sistema en el que el consumidor realiza un pago único para acceder contenido específico, sin necesidad de pagar una suscripción, ya sea para ver el contenido por un período de tiempo específico (que los OTT generalmente llaman "alquiler") y / o para descargar una copia del contenido con acceso ilimitado.
	Publicitario: el contenido está disponible en línea para el consumidor de forma gratuita, pero difundido con publicidad al principio o incrustado (como en YouTube). La publicidad genera ingresos para la plataforma o servicio, un porcentaje de los cuales generalmente vuelve al productor de la licencia del contenido.

Fuente: Información extraída del estudio “Study on the Audiovisual Legal Framework in Latin America. Part 2: The legal framework of the audiovisual sector in the digital environment”, realizado para la OMPI por Marta García León ³¹.

En virtud de todos estos movimientos a lo largo de la cadena de valor, las posiciones de mercado han ido evolucionando, con una invasión significativa de los servicios OTT en las etapas de distribución y producción de contenido

³¹ *Ibidem*.

audiovisual, combinada con una disminución en la penetración de los servicios tradicionales de televisión por suscripción.

Actualmente, el centro de gravedad del sector audiovisual se ha desplazado hacia la transmisión de video, donde empresas como Netflix, Amazon Prime Video y más recientemente Disney están luchando por el liderazgo.

Por último, estos cambios en el lado de la oferta también se han combinado con nuevos patrones de consumo de video, como “cortar el cable” (es decir, cancelar el servicio de televisión por suscripción), cambios en el modo de visualización (“en cualquier lugar/en cualquier momento”, “atracones de observación”) y la búsqueda permanente del contenido original como patrón de comportamiento dominante ³².

3.2. El aprovechamiento de los derechos patrimoniales de autor en los regímenes de fomento de la producción audiovisual

La producción audiovisual en América Latina ha aumentado significativamente en los últimos años y está generando un interés creciente en otros territorios. Al mismo tiempo, la demanda de contenidos audiovisuales en todos los formatos ha aumentado sustancialmente.

Sin embargo, aunque la explotación *online* de contenidos audiovisuales, a través de plataformas digitales, dispositivos móviles, internet, redes sociales y otros medios, claramente parece ser el modo principal de difusión, todavía plantea grandes desafíos para la difusión de contenidos producidos en la región y en otros lugares.

Además, la expansión de esta forma de difusión está cambiando la forma en que se organizan la producción y la financiación de este contenido, tanto en relación con la creación de nuevas dinámicas y procesos como en relación con su propia estructura y, por supuesto, el consumidor.

Todo ello confluye hacia el aprovechamiento de los derechos autorales para el desarrollo de líneas de fomento de la producción audiovisual que, más allá de los derechos de “antena” o “señal”, presten atención a la adquisición no exclusiva de estos derechos de comunicación al público o puesta a disposición en el entorno digital como una forma de generar nuevas líneas de incentivos a la producción audiovisual.

En el caso particular de la República Argentina, si bien la ley 17.741 (t.o. 2001) centra su regulación en un entorno analógico, ello en nada obsta a que el ejercicio del poder reglamentario por parte de las autoridades del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales establezca mecanismos de fomento que permitan canalizar la adquisición, de manera no exclusiva —mediante subsidio—, de los derechos de exhibición, puesta a disposición,

³² Ver: OMPI, “Audiovisual OTT business models in Latin America: Recent trends and future evolution”, 2021.

comunicación al público y reproducción de la obra cinematográfica nacional, con destino a la puesta a disposición en la plataforma CINE.AR que posee dicho organismo.

Es cierto que la regulación cinematográfica se refiere a las salas de cine como lugar de exhibición; no obstante, la normativa, en su art. 9º, menciona la existencia de otros lugares de exhibición. Esos otros lugares pueden ser otros espacios tangibles o intangibles, es decir, virtuales. Nada obsta a ello, ya que su extensión no se encuentra definida.

Esto implica la adquisición de estos derechos de puesta a disposición con destino digital y a los fines de satisfacer el mecanismo de subsidios que fija la normativa, como medio para garantizar el fomento y la realización de la obra cinematográfica nacional.

De este modo, se genera una línea digital con destino a las plataformas que permite, dentro de las flexibilidades que tienen los conceptos de la ley 17.741 (t.o. 2001), generar los espacios para construir nuevos mecanismos de acceso al desarrollo de la cinematografía nacional y permitir el adecuado uso de los fondos de fomento.

CONCLUSIONES

El entorno digital, lejos de operar en detrimento de los derechos de autor y en particular de los derechos de autor de las obras cinematográficas, crea, por el contrario, las condiciones necesarias para gestionar, propender y fortalecer la producción cinematográfica y audiovisual.

Si bien es cierto que en la actualidad predomina el uso de obras audiovisuales, no es menos cierto que aun la adaptación de la obra cinematográfica a las nuevas formas de producción puede traer aparejada una posibilidad cierta de gestión y desarrollo de nuevas fronteras de la producción.

En particular, los mecanismos de fomento pueden, con la regulación actual, generar los espacios que complementen la regulación que entrecruza al derecho de las comunicaciones con el autoral y los mecanismos de promoción.

Sobre estos últimos, es cierto que debe modernizarse el marco jurídico, pero el derecho administrativo, regulador de los mecanismos de asignación de incentivos, puede aun establecer nuevas líneas destinadas a plataformas que aprovechen las nuevas condiciones que el entorno digital establece para el derecho de autor.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán, “¿Un federalismo cultural?”, JA, Número Especial: “A 10 años de la reforma constitucional”, Buenos Aires, Ed. LexisNexis, agosto de 2004.
- BRAGA DE SIQUEIRA, María Rita, “El derecho de puesta a disposición del público: antecedentes normativos y primera jurisprudencia”, *Revista de Propiedad Intelectual*, nro. 34, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, enero-abril de 2010.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “Las obras cinematográficas y otras obras audiovisuales”, disponible en <https://riu.austtral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1528/Las%20obras%20cinematogr%C3%A1ficas%20y%20otras%20obras%20audiovisuales.pdf?sequence=1> (consultado el 20/09/2021).
- EMERY, Miguel Á. (dir.), *Propiedad intelectual. Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, p. 31.
- FINNIS, John, *Human Rights and Common Good. Collected Essays*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2013.
- GARCÍA LEÓN, Marta, “Study on the Audiovisual Legal Framework in Latin America. Part 2: The legal framework of the audiovisual sector in the digital environment”, en *Pilot Project on Copyright and the Distribution of Content in the Digital Environment of the WIPO Committee on Development and Intellectual Property (CDIP)*, OMPI, 2021.
- GOZALBEZ, Rodrigo, “Elementos de la Directiva (UE) 2019/790 sobre el derecho de autor y derechos afines en el mercado único digital respecto a la brecha de valor en internet”, en ORDÓÑEZ, Carlos (dir.), *Derecho y tecnología. Procedimientos electrónicos. Prueba electrónica. Forensia digital. Litigación y nuevas tecnologías. Jurisprudencia. “Legaltech” e innovación legal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2020.
- KARTASHKIN, Vladimir, “Las dimensiones internacionales de los derechos humanos”, en VAŠÁK, Karel (dir.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, París, Ed. Unesco, 1948.
- LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Ed. Unesco – CERLAC – Zavalía, 1993.
- LIPSZYC, Delia – VILLALBA, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009.
- SATANOWSKY, Isidro, *La obra cinematográfica frente al derecho*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1948.
- TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, trad. de Adolfo Martín, Barcelona, Ed. Plaza y Janes, 1998.
- VILLALBA, Carlos, “Cultura, derecho de autor y derechos conexos. Evolución de la legislación nacional. Los tratados internacionales y el orden

constitucional”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2014-I, Buenos Aires, Ed. UBA.
VILLALBA DÍAZ, Federico, “¿Cómo se adquiere el derecho de autor? Adquisición de la titularidad en distintos tipos de obras”, inédito, Buenos Aires, Universidad Austral.

Recepción: 06/10/2021

Aceptación: 19/10/2021

EL DERECHO A PARTICIPAR EN LA VIDA CULTURAL. LA OBSERVACIÓN GENERAL N.º 21 DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Por INÉS E. FAMÁ *

Resumen:

El derecho a participar en la vida cultural, receptado normativamente en distintos instrumentos internacionales, resulta de compleja definición en cuanto a su alcance. Vinculado con el sentido de quiénes son las personas, cómo se identifican y cómo pueden expresarse en la esfera pública, el trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha llevado tanto a una definición amplia del concepto de cultura como a una definición más precisa del derecho a participar en la vida cultural. Este artículo abordará su recepción normativa y la evolución de la interpretación del derecho materializada en la Observación General N.º 21 a partir de las sugerencias formuladas por el Comité en las observaciones finales a los Estados.

Palabras clave:

Derecho a participar en la vida cultural, cultura, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, idiomas, minorías, educación, diversidad cultural.

THE RIGHT TO TAKE PART IN CULTURAL LIFE. GENERAL COMMENT NO. 21 OF THE COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

Abstract:

The right to take part in cultural life, recognized in different international instruments, is complex in its scope. Linked to the sense of who people are, how they identify and can express themselves in the public sphere, the work of the Committee on

* Abogada, Profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires.

Economic, Social and Cultural Rights has led to both a broad definition of the concept of culture and a more precise definition of the right to take part in cultural life. This paper will address its normative reception and the evolution of the interpretation of the right in the General Comment No. 21 based on the recommendations made by the Committee in the final observations to the States.

Keywords:

Right to take part in cultural life, culture, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, languages, minorities, education, cultural diversity.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la protección de los derechos culturales se limitaba a que los aspectos materiales de la cultura estuvieran disponibles para la población en general. El alcance de los derechos culturales y, particularmente, una definición del derecho a participar de la vida cultural se han vuelto en suma relevantes en el debate contemporáneo sobre la protección de los derechos humanos. Los derechos culturales se reconocen cada vez más como una dimensión crucial que debe abordarse en la agenda internacional en forma individual e interrelacionada con otros derechos.

En los últimos años, todo el sistema de Naciones Unidas, particularmente la Unesco y la Asamblea General ¹, ha tomado un interés particular por trabajar la conexión entre cultura y desarrollo sostenible, o vinculada con la educación, las tecnologías y la libertad de expresión, entre tantos otros aspectos relacionados con la participación en la vida cultural.

Sin embargo, los derechos culturales, y el derecho a participar en la vida cultural en particular, han sido descuidados y frecuentemente reciben menos atención que los demás derechos económicos y sociales. Como señala Donders ², esto podría explicarse a partir de la dificultad en la definición de *cultura* y, en consecuencia, del alcance del derecho.

¹ En este sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas ha aprobado, por ejemplo, las resoluciones 41/187, de 8 de diciembre de 1986; 46/158, de 19 de diciembre de 1991; 51/179, de 16 de diciembre de 1996; 52/197, de 18 de diciembre de 1997; 53/184, de 15 de diciembre de 1998; 55/192, de 20 de diciembre de 2000; 57/249, de 20 de diciembre de 2002; 65/166, de 20 de diciembre de 2010; y 66/208, de 22 de diciembre de 2011, relativas a la cultura y el desarrollo; 66/288, de 27 de julio de 2012, titulada “El futuro que queremos”; y 68/223, de 20 de diciembre de 2013; 69/230, de 19 de diciembre de 2014; 70/214, de 22 de diciembre de 2015; 72/229, de 20 de diciembre de 2017; y 74/230, de 19 de diciembre de 2019, relativa a la cultura y el desarrollo sostenible.

² DONDERS, Yvonne, “Cultural Life in the context of Human Rights”. *Background paper submitted for Day of General Discussion on Right to take part in cultural life (article 15 (1) (a) of the Covenant), 9th May, 2008.*

Aun así, tanto el concepto de cultura como el derecho a participar en la vida cultural han experimentado un proceso de expansión y evolución dentro del debate internacional, la jurisprudencia y la doctrina.

Desde 1948, en los inicios de su actividad, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo art. 27 se establecía la primera garantía universal de los derechos culturales, incluido el derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resultan. Sesenta y un años después de este hito, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, CESCR o el Comité) aprobó la Observación General N.º 21 (2009), marcando un momento decisivo para los derechos culturales en el sistema de las Naciones Unidas.

Ante la importancia de los aspectos culturales en el derecho internacional, el Comité procuró abordar cuestiones complejas directamente relacionadas con la definición y el disfrute de la cultura como componente fundamental de los derechos humanos.

Por ello, este artículo abordará su recepción normativa en la comunidad internacional y se centrará en las sugerencias formuladas por el Comité en la mencionada Observación General N.º 21 y en el contenido del derecho a participar en la vida cultural desarrollado en las observaciones finales³. Ello, a fin de vislumbrar la evolución en la interpretación de estos conceptos y la manera en que el Comité ha contribuido significativamente en ampliar el contenido y alcance del derecho a participar en la vida cultural.

1. EL MARCO NORMATIVO

El derecho a participar en la vida cultural es un derecho humano fundamental, consagrado en varios instrumentos jurídicos internacionales integrantes del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). En particular, y como fuera mencionado, el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) prescribe que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. A su vez, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece que los Estados reconocen el derecho de toda persona *a participar en la vida cultural*, y entre las medidas que los Estados deberán

³ En virtud del PIDESC, los Estados Partes se comprometen a presentar informes al Comité sobre la implementación de los derechos en su jurisdicción (2 años después de haber adoptado el Pacto y cada 5 años en lo sucesivo). El examen de cada informe por parte del Comité conduce a la redacción de ‘Observaciones finales’ en las que el Comité aborda sus preocupaciones y recomendaciones.

adoptar para asegurar el pleno ejercicio del derecho *figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.*

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) recepta, en el art. 19, el derecho a la libertad de expresión, comprendiendo la *libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole*, y en el art. 27 se protege a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, en tanto se debe garantizar el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, *a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.*

También se han incluido dimensiones de este derecho en los instrumentos que protegen a grupos específicos, como, por ejemplo, el art. 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el reconocimiento del derecho del niño *“a participar libremente en la vida cultural y en las artes, y [los Estados] respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento”*; el art. 13 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por la cual los Estados se obligan a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, y en particular, *el derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural*; el art. 30 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por la cual los Estados *reconocen el derecho de las personas con discapacidad a participar, en igualdad de condiciones con las demás, en la vida cultural* y adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar que las personas con discapacidad: a) Tengan acceso a material cultural en formatos accesibles; b) Tengan acceso a programas de televisión, películas, teatro y otras actividades culturales en formatos accesibles; c) Tengan acceso a lugares en donde se ofrezcan representaciones o servicios culturales tales como teatros, museos, cines, bibliotecas y servicios turísticos y, en la medida de lo posible, tengan acceso a monumentos y lugares de importancia cultural nacional; y el art. 31 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, por la cual los Estados se obligan a *velar por que se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que estos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen.*

A nivel regional, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, respetando *la diversidad cultural, religiosa y lingüística*, reconoce en el art. 25 *el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.* En el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, no se reconoce específicamente el derecho a participar en la vida cultural. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos (TEDH) protege indirectamente algunas de sus dimensiones al reconocer la libertad de no sufrir injerencias en el acceso y participación en la vida cultural ⁴, la libertad artística ⁵ y la libertad de asociación en el sector cultural ⁶.

El derecho a participar en la vida cultural también está reconocido, en forma más general, en el art. 17, inc. 2º, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el art. 14, inc. 1º, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 42, inc. 1º, de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

Las fuentes legales del derecho a participar en la vida cultural también tienen sus raíces en los instrumentos normativos internacionales y regionales sobre políticas culturales, tales como la Convención de la Unesco sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, y la Convención Marco del Consejo de Europa sobre el Valor del Patrimonio Cultural para la Sociedad, que reconoce que *los derechos referentes al patrimonio cultural son inherentes al derecho a tomar parte en la vida cultural* ⁷. Incluso, encontramos instrumentos específicos según la materia, como la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático o la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.

Es posible encontrar aclaraciones adicionales sobre los derechos culturales en otros instrumentos internacionales pertinentes, como el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales ⁸, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas ⁹, el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales ¹⁰ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ¹¹.

⁴ ROMAINVILLE, Céline, "Defining the right to participate in cultural life as a human right. Netherlands Quarterly of Human Rights", 33(4), 2015, pp. 405-436. Ampliar en Akdas c. Turquía, nro. 24351/94 (TEDH, 16 de julio de 2010); Khurshid Mustafa y Tarzibachi c. Suecia nro. 23883/06 (TEDH 16 de diciembre de 2008); Autronic AG c. Suiza nro. 12726/87 (TEDH 22 de mayo de 1990).

⁵ ROMAINVILLE, Céline, *op. cit.* También Müller c. Suiza, nro. 10737/84 (TEDH, 4 de mayo de 1988).

⁶ ROMAINVILLE, Céline, *op. cit.* También Gorzelik y otros c. Polonia, nro. 44158/98 (TEDH, 17 de febrero de 2004).

⁷ Art. 1 a) del Convenio Marco del Consejo de Europa sobre el Valor del Patrimonio Cultural para la Sociedad y el art. 5 de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural.

⁸ Véase arts. 2.2.b), 5.a), 10.1, 13.1 y 23, entre otros.

⁹ Véase arts. 1, 2 y 4, entre otros.

¹⁰ Véase arts. 5, 6, 12 y 17, entre otros.

¹¹ Véase arts. 8, 11, 12, 14, 15, 16 y 31, entre otros.

2. CONCEPCIONES INICIALES DEL DERECHO A PARTICIPAR EN LA VIDA CULTURAL

Como fuera adelantado, y como se desprende de los distintos instrumentos señalados, el concepto de cultura ha experimentado un proceso de expansión y evolución dentro del debate y de los instrumentos internacionales. Inicialmente, el art. 27 de la DUDH y el art. 15 del PIDESC estaban destinados ante todo a hacer que los aspectos materiales de la cultura fueran accesibles para la población en general.

En efecto, en los trabajos preparatorios del art. 27 de la DUDH se observa que el derecho a participar en la vida cultural fue originalmente concebido como un derecho de acceso al conjunto de obras de arte más importantes de los países, particularmente la literatura ¹². Incluso, en los primeros textos y proyectos llevados a discusión el articulado solo se enfocaba en el progreso científico, sin referencia alguna a la cultura.

Incorporada la idea de cultura como un aspecto importante de la vida humana, su interpretación clásica derivaba del acceso a las artes y la literatura, procurando que estuvieran disponibles para la población. Lo expuesto permite afirmar que el concepto de cultura en este momento era bastante estrecho, con énfasis en las artes, la literatura y la educación. La realidad era que la posibilidad de acceso a la cultura, en este sentido, era exclusiva de una pequeña élite, y la mayor parte de la población no participaba.

La incorporación del artículo al texto de la Declaración fue vista como un impulso para que los Estados garanticen el acceso de la población en general a participar de la vida cultural, sin limitaciones en materia de comunidades, tradiciones, idiomas o religiones específicas ¹³. Resulta interesante destacar que, en el debate que precedió a la adopción del texto definitivo, la delegación de Perú remarcó que el individuo no debería tener derecho a participar en la vida cultural, artística y científica solamente de su propia comunidad, sino que, además, debiera reconocerse el derecho en todo su espectro.

Dos décadas después se adoptó el PIDESC con una redacción similar, pero con una fuerza ejecutoria y un sistema de monitoreo más fuerte. El art. 15 (1) (a) del PIDESC se definió por referencia a la libertad de participar en la vida cultural de la comunidad, disfrutar de las artes y difundir los avances científicos

¹² SCHABAS, William A. (ed.). *The universal declaration of human rights: The travaux préparatoires*. Cambridge University Press, 2013. Además, ampliar en la Reunión 84 del Consejo Económico y Social del 29 de marzo de 1947, disponible en: <https://undocs.org/E/PV.84>. Fecha de consulta: 16/09/2021.

¹³ DONDERS, Yvonne, “The legal framework of the right to take part in cultural life” en *Human rights in education, science and culture: Legal developments and challenges*, 2007, pp. 231-272.

y sus beneficios ¹⁴. Algunos representantes agregaron al debate la interpretación de aspectos inherentes a ciertos grupos morales, intelectuales y estéticos del pasado ¹⁵.

Además, a propuesta de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), se excluyó la referencia a las *comunidades culturales* para procurar crear un derecho individual a participar en la vida cultural ¹⁶.

En efecto, el Anteproyecto preparado por la Unesco y tenido en cuenta en el debate por la redacción definitiva del art. 15 del PIDESC se refirió al derecho a participar de la vida cultural como el corolario del derecho humano a la libertad.

La cultura, en continuo desarrollo, varía en sus expresiones y, afirmó la Organización, la independencia de la vida cultural debe ser protegida de los imperativos políticos. Se afirmó, además, la necesidad de disponer la obligación de los Estados de facilitar el acceso de todas las personas a las manifestaciones de la vida cultural nacional y extranjera, de proteger y preservar libros, registros cinematográficos, música, obras de arte, monumentos y objetos de interés histórico, científico y cultural. Además, exhortó a los Estados a respetar su obligación de otorgar a artistas y académicos garantías de libertad y seguridad ¹⁷.

De los trabajos preparatorios surge que los puntos más álgidos del debate sobre el art. 15 fueron los referidos a los derechos de autor y al desarrollo científico, donde se afirmó que debía estar orientado a fortalecer la democracia y la paz. En las negociaciones finales, en definitiva, estas referencias fueron rechazadas, por considerarlas limitaciones al disfrute del derecho. El inciso sobre participación en la vida cultural tuvo escaso debate, con la salvedad de la contribución mencionada de la Unesco. Aun así, se omitió toda referencia a las comunidades locales o a su cultura, lo que refuerza la interpretación de que los autores de la Convención no tenían en mente que cada individuo pudiera elegir las actividades culturales en las que quisiera participar o que respondieran a su identidad, sino que el criterio estaría orientado a mejorar el acceso de la cultura que la élite consideraba como *alta cultura* ¹⁸.

¹⁴ ONU, Asamblea General, 12a. Sesión, 796mtg., U.N. Doc. C.3/SR.796 (31 de octubre de 1957), disponible en: <https://undocs.org/A/C.3/SR.796>. Fecha de consulta: 16/09/2021.

¹⁵ ONU, Asamblea General, 12a. Sesión, 799mtg., U.N. Doc. C.3/SR.799 (4 de noviembre de 1957), disponible en: <https://undocs.org/A/C.3/SR.799>. Fecha de consulta: 16/09/2021.

¹⁶ ONU, Asamblea General, 12a. Sesión, 796mtg., U.N. Doc. C.3/SR.796. *op. cit.*

¹⁷ UNESCO. Report on the proceeding of the committee of experts formed to study the right to participate freely in the cultural life of the community. Documento 1952, 7 C/PRG/10 + ADD. Disponible en: <https://digital.archives.unesco.org/en/collection/governing-documents/detail/769a7394-962f-11e8-8718-d89d6717b464/media/2bc81ee8-f1e9-bd58-c413-be355d-ca688e>. Fecha de consulta: 16/09/2021.

¹⁸ DONDERS, Yvonne, *op. cit.*

Sin embargo, a lo largo de los años, una concepción más amplia de *cultura* sustituyó a la estrecha ligada a la preservación y promoción de la cultura nacional y de las más altas expresiones de las artes y la literatura. La adopción de una concepción más amplia y holística de las expresiones culturales llevó a entender la cultura a partir de todas las manifestaciones materiales e inmateriales (lenguas, religiones, costumbres o tradiciones) a través de las cuales las personas *expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas* ¹⁹.

El desarrollo de una concepción más amplia de las expresiones culturales en el trabajo del CDESCR ha contribuido enormemente a la reconceptualización de los derechos culturales, superando las limitaciones de una interpretación restrictiva.

3. EL CDESCR Y LA OBSERVACIÓN GENERAL N.º 21 SOBRE EL DERECHO DE TODA PERSONA A PARTICIPAR EN LA VIDA CULTURAL

3.1. *El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

El CDESCR ha sido pionero en muchas de las innovaciones de procedimiento que, posteriormente, han transformado el sistema de órganos de tratados de derechos humanos de la ONU en su conjunto. En efecto, fue el primero en adoptar el sistema de “observaciones finales” sobre los informes estatales, en organizar jornadas de discusión general, en reconocer formalmente y poner a disposición del público el material presentado por grupos de la sociedad civil, en organizar sesiones informativas en las que la sociedad civil pueda presentar informes paralelos, y en examinar la situación de Estados que no informan de forma crónica, o de la ausencia de informes e incluso de representantes del Estado en cuestión ²⁰.

Fue creado en 1985, se reunió por primera vez en 1987 y hasta el momento ha celebrado sesenta y nueve sesiones ²¹ y adoptado veinticinco observaciones generales. Sus contribuciones han moldeado significativamente el enfoque adoptado hacia los derechos económicos, sociales y culturales por el sistema

¹⁹ CDESC (2009). Observación General nro. 21 sobre el derecho a participar en la vida cultural.

²⁰ ALSTON, Philip, “The Committee on Economic, Social and Cultural Rights” en *NYU Law and Economics Research Paper*, 2020, pp. 20-24.

²¹ El 70º período de sesiones del CDESC tuvo lugar del 27 de septiembre al 15 de octubre de 2021.

internacional de derechos humanos en general, así como por los nacionales de los Estados parte.

En materia de interpretación del derecho a participar en la vida cultural, ha logrado ampliar su alcance a una diversidad de expresiones culturales, prestando especial atención a las minorías, los migrantes y los pueblos indígenas.

3.2. *La Observación General N.º 21*

Como fuera mencionado, la Observación General N.º 21 (en adelante, la OG) aborda la participación en la vida cultural a partir de la previsión del art. 15 (1) (a) del PIDESC y también de disposiciones de los párrs. 2º, 3º y 4º del mismo artículo. En términos generales, el CESCR, al igual que los demás órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, expresa sus interpretaciones de diversas disposiciones de los respectivos tratados de derechos humanos a través de comentarios u observaciones generales. Estos son una de las creaciones más conocidas y difundidas de los órganos, y si bien no todos los Estados parte en los tratados adoptan este enfoque hacia los comentarios y opiniones generales, esto no disminuye su importancia para la tarea que desarrollan. Las conclusiones de los órganos siguen siendo sumamente importantes para determinar cómo, a nivel internacional, se discuten y aplican (implícita o explícitamente) los derechos humanos. En efecto, si bien los comentarios y opiniones generales de los órganos de tratados no son jurídicamente vinculantes, se ha comprobado en repetidas ocasiones que tienen un gran valor interpretativo²².

En este sentido, la OG representa una contribución más que bienvenida al debate sobre la naturaleza y el contenido de los derechos culturales en un sentido amplio. En este documento, el CESCR considera que el derecho a la participación en la vida cultural puede caracterizarse como una libertad, individual o colectiva, lo que puede implicar tanto la abstención como la actuación positiva de cada Estado parte del PIDESC²³. El concepto de *vida cultural*, afirma el Comité, hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro. El CESCR reconoce que existen muchas definiciones de este término y que también pueden aparecer nuevas definiciones en el futuro. Sin perjuicio de ello, observa que un rasgo general es *el contenido polifacético implícito en el concepto de cultura*²⁴. En este sentido, el Comité adopta un concepto amplio de cultura que incluye *todas las expresiones de la existencia humana* y que, de una forma u otra, ha sido incluido también en numerosos documentos internacionales, en

²² LANE, Lottie, “The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice: A Comparative Analysis of the General Comments and Jurisprudence of Selected United Nations Human Rights Treaty Monitoring Bodies” en *European Journal of Comparative Law and Governance*, 5(1), 2018. Pp. 5-88.

²³ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 6.

²⁴ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 11.

particular en varias declaraciones y convenciones de la Unesco que abordan los derechos culturales ²⁵.

Esta idea de cultura parte de la concepción de que es una *creación común* ²⁶ de las personas que configura e identifica comunidades, define grupos e individuos que necesariamente interactúan, manteniendo sus particularidades y sus fines. Ese concepto tiene en cuenta la individualidad y la alteridad de la cultura como creación y producto social ²⁷.

El concepto de cultura definido en términos amplios incluye, conforme describe la OG, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción y la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones ²⁸. Esta evolución del concepto se basa principalmente en estudios y documentos adoptados por la Unesco que se refieren a la diversidad cultural como *un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad humana* ²⁹.

En cuanto a las expresiones *derecho a participar* y *participar*, que pueden utilizarse indistintamente, el Comité señala tres aristas inherentes sumamente relevantes: la participación, el acceso y la contribución a la vida cultural.

A la *participación en la vida cultural* se la vincula con la elección libre de los individuos y con el concepto de propia identidad. Estas formas de participación cultural incluyen, por ejemplo, el uso de ciertos idiomas, la afiliación o prácticas religiosas, buscar y desarrollar conocimientos y expresiones culturales, y en lo que respecta a las comunidades y pueblos indígenas, estas expresiones pueden incluir nombres, cuentos, cánticos, historias y canciones en narraciones orales, trabajos en madera, orfebrería, pintura, joyería, tejidos, costura, trajes y textiles, música, danzas, literatura, ceremonias y representaciones rituales, entre otras expresiones ³⁰.

El *acceso a la cultura* se relaciona con el derecho de toda persona a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y

²⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), (2001). Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/435cbcd64.html>. Fecha de consulta: 16/09/2021.

²⁶ *ibídem*.

²⁷ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 12.

²⁸ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 13.

²⁹ UNESCO. Art. 4. de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural.

³⁰ Ampliar en: Asamblea General de las Naciones Unidas (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1989), Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; Convenio sobre la diversidad biológica (1992), Consejo de Derechos Humanos (2015), Promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas con respecto a su patrimonio cultural. Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Documento A/HRC/30/53, entre otros.

la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con respeto a su identidad cultural. Aquí el Comité no profundiza sobre la identidad cultural, aunque será materia de tratamiento en numerosas observaciones finales a los informes periódicos de los Estados, lo que será tratado más adelante. Sin perjuicio de ello, se incluye la posibilidad de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación, y también el derecho a seguir un camino asociado al uso de bienes y recursos culturales como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas ³¹.

Finalmente, la participación también se expresa a través de las diferentes formas de *contribución a la vida cultural*. Esto significa el derecho a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad.

3.3. Elementos del derecho a participar en la vida cultural

En un apartado siguiente, el Comité analiza lo que considera los *elementos del derecho a participar en la vida cultural, sobre la base de la igualdad y la no discriminación*. Estos elementos son la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad.

La disponibilidad se refiere a la *presencia de bienes y servicios culturales* como bibliotecas, museos, teatros, salas de cine y estadios deportivos, la literatura, incluido el folclore, y las artes en todas sus manifestaciones; espacios abiertos esenciales para la interacción cultural, como parques, plazas, avenidas y calles; dones de la naturaleza, como mares, lagos, ríos, montañas, bosques y reservas naturales, en particular su flora y fauna; bienes culturales intangibles, como lenguas, costumbres, tradiciones, creencias, conocimientos e historia, así como los valores que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de individuos y comunidades ³².

La accesibilidad se define como las oportunidades efectivas y concretas para que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, sin discriminación, en las zonas urbanas y en las rurales ³³. El Comité destaca la significativa relevancia de este requisito especialmente para personas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de pobreza.

La aceptabilidad se refiere a que las leyes, políticas, estrategias, programas y medidas que adopten los Estados se formulen e implementen de manera aceptable para las personas y comunidades involucradas. Esto implica la participa-

³¹ CDESC (2009). Observación general Nro. 21, párr. 15.

³² CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 16, a).

³³ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 16, b).

ción y consulta de comunidades e individuos para garantizar que las medidas protejan la diversidad cultural ³⁴.

La adaptabilidad tiene una relación estrecha con el requisito anterior, ya que su definición menciona la “flexibilidad y la pertinencia de las políticas, los programas y las medidas adoptados por el Estado (...) que deben respetar la diversidad cultural de las personas y las comunidades” ³⁵.

La idoneidad es el quinto elemento y toma en consideración las diferencias de las diversas culturas. En este contexto, el Comité se refiere a la realización de derechos humanos específicos de manera pertinente y apta para un determinado contexto o una determinada modalidad cultural ³⁶. Para ello, los Estados deben tener en cuenta las particularidades culturales de los individuos y las comunidades, que incluyen a las minorías y los pueblos indígenas. En la implementación de estos derechos, el Comité ha señalado la importancia de tener en debida consideración los valores culturales asociados, entre otras cosas, con los alimentos y su consumo, la utilización del agua, la forma en que se prestan los servicios de salud y educación, y la forma en que se diseña y construye la vivienda.

3.4. Limitaciones al derecho a participar en la vida cultural

En tanto derecho humano, participar en la vida cultural se encuentra estrechamente vinculado con el disfrute de otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales de la materia. Por ello, en este apartado el Comité recuerda que, independientemente de sus sistemas políticos, económicos o culturales, los Estados tienen la obligación legal de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, tal como citan y establecen la Declaración y el Programa de Acción de Viena ³⁷.

En definitiva, la regla general señalada por el Comité es que *nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional ni para limitar su alcance* ³⁸. Por tanto, solo se considerarán válidas las limitaciones en el ejercicio del derecho a participar en la vida cultural cuando atenten contra otros derechos humanos.

El Comité considera que tales limitaciones, como toda limitación a los derechos fundamentales, deben ser proporcionales, perseguir un fin legítimo, ser compatibles con la naturaleza de ese derecho y ser estrictamente necesarias para

³⁴ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 16, c).

³⁵ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 16, d).

³⁶ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 16, 3).

³⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena, 12 de julio de 1993, A/CONF.157/23.

³⁸ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 18.

la promoción del bienestar general de una sociedad democrática, además de tener en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos existentes ³⁹.

Una declaración final del Comité que admite la posibilidad de imponer cierta limitación a las expresiones y tradiciones culturales es la afirmación de que el art. 15 (1) (a) no puede interpretarse en el sentido de que un Estado, grupo o individuo tenga derecho a emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él ⁴⁰.

Esta regla, basada en el art. 5° del PIDESC, deriva del art. 30 de la DUDH, por cuanto su propósito radica en que el reconocimiento de un derecho humano no puede ser utilizado para atentar contra otros derechos humanos.

3.5. No discriminación e igualdad de trato

La OG también incluye una sección sobre ciertas cuestiones que requieren una atención particular en relación con el principio de no discriminación e igualdad de trato ⁴¹. En este apartado, el Comité recuerda los arts. 2° y 3° del PIDESC, que prohíben cualquier forma de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Estas cuestiones fueron aclaradas en su Observación General N.º 20 ⁴², a la que remite, pero aquí específicamente afirma que nadie puede ser discriminado por el hecho de querer optar por pertenecer o no a una comunidad o grupo cultural determinado, o por el hecho de ejercer o no una actividad cultural ⁴³.

3.6. Personas y comunidades que requieren protección especial

En otro apartado, y profundizando el anterior, el Comité se detiene en ciertos grupos y personas que merecen medidas de protección específicas para garantizar su derecho a participar en la vida cultural.

³⁹ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 19.

⁴⁰ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 20.

⁴¹ En este sentido, el representante de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos destacó en el debate precedido a la adopción de la OG que la discriminación era a menudo una dimensión importante de la cuestión de la participación en la vida cultural porque a muchos grupos, en particular a los pueblos indígenas, se les negaba la participación. Igualmente importante fue considerado como una cultura dominante se impone a otras culturas, suprimiendo sus idiomas y otros aspectos de su vida cultural. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 40º período de sesiones. Acta Resumida de la 18ª Reunión Celebrada en Ginebra, el 16 de mayo de 2008. Documento E/C.12/2008/SR.18.

⁴² CDESC (2009). Observación general nro. 20 sobre “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”.

⁴³ CDESC (2009). Observación general nro. 21, par. 22.

En el primer párrafo se centra en las mujeres, sobre la base de la igualdad de derechos de hombres y mujeres al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, tal como se establece en el art. 3º del PIDESC, que debe ser leído juntamente con el art. 15 (1) (a). Cabe aquí tener presente el documento ⁴⁴ presentado por International Women's Rights Action Watch en el debate previo a la adopción de la OG, por el cual se explicó que las mujeres, frecuentemente, enfrentan limitaciones en el ejercicio de los derechos involucrados en la definición y desarrollo de la vida cultural sobre la base de imperativos culturales afirmados. Resalta que incluso algunos Estados y autoridades comunitarias afirman que la igualdad entre mujeres y hombres en el disfrute de los derechos es contraria a una cultura nacional o comunitaria determinada. En otras palabras, las mujeres a veces se ven excluidas de la participación plena en la vida cultural sobre la base de la propia cultura, en particular la identidad cultural. Abordar este fenómeno un tanto circular requiere un examen detenido de la fuente de las definiciones de *cultura* que excluyen a las mujeres de la participación igualitaria en la vida cultural. Sugieren, por ello, que el principio de igualdad en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales requiere que las mujeres disfruten en pie de igualdad con los hombres la oportunidad de definir su cultura y desarrollarla.

Tomando en consideración dicho documento, el Comité sostuvo en la OG que los Estados deben eliminar todos los obstáculos institucionales y jurídicos, así como los basados en prácticas negativas, incluso las atribuidas a la costumbre y la tradición, que impiden la participación plena de la mujer en la vida cultural ⁴⁵.

A continuación, se dedica a los niños como un sector de la población de especial relevancia por su papel fundamental como portadores y transmisores de valores culturales de generación en generación ⁴⁶. El Comité se centra en los aspectos específicos del derecho a la educación en relación con los derechos culturales, teniendo especialmente en cuenta que el objetivo fundamental del desarrollo educacional es la transmisión y el enriquecimiento de los valores culturales y morales comunes sobre los que el individuo y la sociedad asientan su identidad y valía ⁴⁷. De esta forma, se recuerda que la educación debe ser apropiada desde el punto de vista cultural, incluir la enseñanza de los derechos humanos y permitir que los niños desarrollen su personalidad e identidad cultural.

Entre las obligaciones específicas de los Estados, el Comité considera, además, la necesidad de desarrollar programas educativos que respeten las par-

⁴⁴ INTERNATIONAL WOMEN'S RIGHTS ACTION WATCH. Equality and the right to participate in cultural life. *Background paper submitted for Day of General Discussion on Right to take part in cultural life (article 15 (1)(a) of the Covenant), 9th May, 2008.*

⁴⁵ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 25.

⁴⁶ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 26.

⁴⁷ Aquí el CDESC cita a Declaración Mundial sobre Educación para Todos: Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje, arts. 1 a 3.

particularidades culturales de las minorías nacionales o étnicas, lingüísticas y religiosas, así como de los pueblos indígenas.

Asimismo, el Comité analiza el papel que las personas mayores tienen en la sociedad en virtud de su capacidad creativa, artística e intelectual, siendo, además, los encargados de transmitir la información, los conocimientos, las tradiciones y los valores culturales. Por ello, el Comité se refiere a los Principios de las Naciones Unidas para Personas Mayores ⁴⁸ y al Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, que es el primer instrumento internacional sobre el envejecimiento que incluye una serie de directrices, políticas y programas relacionados con el envejecimiento ⁴⁹. Las recomendaciones sugieren el desarrollo de proyectos en los que las personas mayores puedan actuar como docentes y transmisores de conocimientos, cultura y valores y, al mismo tiempo, que los Estados y las organizaciones internacionales apoyen estrategias para facilitar su acceso a instituciones culturales como museos, teatros, salas de conciertos y cines ⁵⁰.

Las personas con discapacidad también reciben una atención especial del Comité, que recuerda las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad ⁵¹, que recomiendan a los Estados asegurar que tengan oportunidad de utilizar su capacidad creadora, artística e intelectual. El Comité explica que, para facilitar la participación de las personas con discapacidad, los Estados deben facilitar su acceso a material cultural, programas de televisión, películas, teatro y otras actividades culturales, en formas accesibles ⁵².

En el caso de las minorías, el Comité considera que los Estados deben reconocer, respetar y proteger las culturas minoritarias como componente esencial de la identidad de los propios Estados ⁵³. Es decir, las minorías deben poder disfrutar de su diversidad cultural, tradiciones, costumbres, religiones, formas de educación, lenguas, medios de comunicación (prensa, radio, televisión, internet) y de todas las expresiones propias de su identidad y afiliación culturales. El Comité se refiere, además, al carácter colectivo de las minorías, al reconocimiento de su identidad cultural y al derecho a participar en todos los ámbitos de la vida cultural.

⁴⁸ Resolución 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada el 16 de diciembre de 1991. A/RES/46/91. Disponible en: <https://undocs.org/A/RES/46/91>. Fecha de consulta: 16/09/2021.

⁴⁹ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 27.

⁵⁰ Ampliar en CDESC (1995). Observación general nro. 6 sobre Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

⁵¹ Resolución 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/48/627)] con fecha 4 de marzo de 1994. A/RES/48/96. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/48/96>. Fecha de consulta: 16/09/2021.

⁵² CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 30 y 31.

⁵³ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 32.

Se afirma, asimismo, que las minorías deben gozar de inclusión, participación y no discriminación, a fin de preservar el carácter distintivo de las culturas minoritarias. Esto se vincula con el grupo de siguiente atención del Comité, los migrantes, en tanto se sostiene que los Estados no deberían impedir que los migrantes mantengan lazos culturales con sus países de origen ⁵⁴.

Se reconocen derechos similares para los pueblos indígenas en el siguiente punto, pero con especial énfasis en las características de estos grupos. De hecho, el Comité destaca el carácter *sólidamente comunitario* de los valores de la vida cultural de los pueblos indígenas ⁵⁵. Aquí se hace especial referencia al uso de tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han sido propiedad, ocupados, utilizados o adquiridos por los pueblos indígenas, como parte de la relación ancestral con ellos y de su identidad cultural.

En este contexto, el Comité reconoce que los pueblos indígenas tienen el derecho a actuar colectivamente para que se respete su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos, genéticos y semillas, la medicina, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, la literatura, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas ⁵⁶.

Por último, en relación con las personas en situación de pobreza, el Comité recuerda que la pobreza limita gravemente en la práctica la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad ⁵⁷. El Comité afirma que el empoderamiento cultural es una herramienta que reduce las disparidades de manera que todos puedan disfrutar, en forma igualitaria, de los valores de su propia cultura dentro de una sociedad democrática ⁵⁸.

3.7. *La diversidad cultural y el derecho a participar en la vida cultural*

En materia de diversidad cultural, el Comité afirmó que su protección es un imperativo ético inseparable del respeto de la dignidad humana. *Lejos de haber producido una sola cultura mundial, la globalización ha demostrado que el concepto de cultura implica la coexistencia de diferentes culturas* ⁵⁹. Aquí, el Comité cita la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad

⁵⁴ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 34.

⁵⁵ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 36.

⁵⁶ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 37; Convenio nro. 169 de la OIT, arts. 5 y 31. Véase también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, arts. 11 a 13.

⁵⁷ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 38.

⁵⁸ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 69.

⁵⁹ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 42.

de las Expresiones Culturales de 2005 y la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de 2001.

Puntualmente, afirmó que los Estados deberían tener presente que las actividades, los bienes y los servicios culturales tienen dimensiones económicas y culturales, que transmiten identidad, valores y sentido, y no debe considerarse que tengan únicamente valor comercial. Más aún, insta a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las distintas manifestaciones culturales y permitir que todas las culturas se expresen y se den a conocer.

3.8. Obligaciones de los Estados parte

Uno de los principales propósitos de las observaciones generales consiste en clarificar las obligaciones de los Estados parte en virtud del PIDESC. Aquí se procura proporcionar directrices, ejemplos y sugerencias más claras a los Estados, que los tendrán en consideración al adoptar medidas legislativas o políticas públicas de distintos tipos. Además, invitan a ser utilizados para orientar a los Estados parte en la preparación de sus informes periódicos y, por lo tanto, algunos apartados de las observaciones generales proporcionan información y sugerencias bastante específicas, basadas también en la experiencia previa de cada Comité y en otras fuentes internacionales de derechos humanos elaboradas por otros órganos que abordan derechos específicos ⁶⁰.

En efecto, la Parte III de la Observación General N.º 21 proporciona un conjunto detallado de sugerencias que aclaran la naturaleza y el contenido de las obligaciones de los Estados parte y que incluyen obligaciones legales tanto generales como específicas. La Parte IV aborda las posibles formas de violación de los derechos y la Parte V define las posibles formas de implementación a nivel nacional. Adicionalmente, el Comité decidió dividir las obligaciones en jurídicas de carácter general, jurídicas específicas, básicas e internacionales.

En materia de obligaciones jurídicas de carácter general, el Comité incluye la no discriminación en el reconocimiento de prácticas culturales, la progresividad de los derechos culturales, vinculada con la prohibición de regresividad, y la interrelación de todos los derechos consagrados en el art. 15 del Pacto.

Dentro de las obligaciones jurídicas específicas, el Comité recuerda los tres tipos o niveles de obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales: a) la obligación de respetar, b) la obligación de proteger, y c) la obligación de cumplir. En este sentido, se explica que la obligación de respetar requiere que los Estados parte se abstengan de interferir, directa o indirectamente, en el disfrute del derecho a participar en la vida cultural, mientras que la obligación de proteger exige que los Estados adopten medidas para impedir que otros actores interfieran con el derecho.

⁶⁰ ODELLO, Marco, y SEATZU, Francesco. *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: The Law, Process and Practice*, Routledge, 2020.

Por su lado, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten adecuadas medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias, de promoción y de cualquier otra índole, destinadas a la plena realización del derecho. Luego, se detiene en medidas concretas para lograr que se respete este derecho, como garantizar la elección libre de la propia identidad cultural, la libertad de expresión en el idioma que se elija, la libertad de creación, el acceso y la protección del patrimonio cultural y lingüístico, el respeto y la protección de la producción cultural de los pueblos indígenas, la ayuda financiera y la educación cultural, entre otras ⁶¹.

El Comité también proporciona una lista de las llamadas obligaciones básicas mínimas, que representan los niveles mínimos esenciales para el respeto del derecho. A pesar de que los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a las formas de implementación del derecho, el Comité destaca un nivel mínimo de reconocimiento y protección que es aplicable con efecto inmediato. Este incluye las medidas necesarias para garantizar la no discriminación y la igualdad de género en el disfrute del derecho a participar en la vida cultural; el respeto del derecho de toda persona a identificarse o no identificarse con una o más comunidades, y el derecho a cambiar su elección; el respeto y la protección del derecho de toda persona a participar en sus propias prácticas culturales, en particular la libertad de pensamiento, creencias, religión, opinión, expresión, idioma, asociación y a elegir y disponer establecimientos educativos; la eliminación de barreras que inhiban o limiten el acceso de una persona a la cultura; el fomento de la participación de personas pertenecientes a grupos minoritarios, pueblos indígenas u otras comunidades en la formulación y aplicación de las leyes y las políticas que les conciernan ⁶².

Entre las obligaciones internacionales de los Estados, la OG incluye varias acciones que los Estados deberían tomar individualmente y mediante la asistencia y cooperación internacional. Se basan en las obligaciones establecidas en el art. 56 de la Carta de las Naciones Unidas y disposiciones específicas del PIDESC que hacen referencia a la cooperación internacional para la realización de los derechos incluidos en el Pacto. Estos tipos de acciones incluyen, por ejemplo, acuerdos internacionales, formas de cooperación internacional de conformidad con la Carta de la ONU ⁶³ y negociaciones con instituciones financieras.

⁶¹ CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 48 a 54.

⁶² CDESC (2009). Observación general nro. 21, párr. 55.

⁶³ En particular los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. PROCEDIMIENTO DE PRESENTACIÓN DE INFORMES Y OBSERVACIONES FINALES EN VIRTUD DEL PIDESC

De lo expuesto se desprende que el CDESCR ha adoptado un concepto amplio de los derechos culturales, de conformidad con las tendencias mostradas en otros documentos internacionales ⁶⁴ adoptados.

También es necesario aclarar que, como concepto vivo que resulta la cultura, requiere de un continuo análisis de cuestiones como prácticas tradicionales o identidad cultural de los pueblos y cómo se vinculan con el derecho a participar de la vida cultural.

Por ello, y en tanto resulta sumamente difícil proporcionar una regla general sobre estas cuestiones debido a la variedad de casos y situaciones posibles, el CDESCR avanza continuamente en directrices e informes que buscan colaborar con los Estados en definir políticas y leyes nacionales que estén en conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

En este sentido, el procedimiento de presentación de informes en virtud del PIDESC se basa en un diálogo directo entre la delegación de expertos de un Estado parte y el Comité. Este proceso es seguido por la adopción de parte del Comité de observaciones finales en relación con un informe estatal específico. Las observaciones contienen una introducción al diálogo, resaltan aspectos positivos, factores y dificultades que obstaculizan la aplicación del Pacto, principales temas de preocupación, y cualquier sugerencia y recomendación que apunte a una mejor implementación del Pacto ⁶⁵. En los siguientes apartados se verá cómo el Comité ha trabajado con los informes presentados por los Estados en materia de participación en la vida cultural en los últimos años.

4.1. Directrices sobre documentos específicos que deben presentar los Estados parte ante el CDESCR

Cabe reseñar que los Estados se han comprometido a presentar informes ⁶⁶ sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados respecto de todos los derechos reconocidos en el Tratado en virtud de los arts. 16 y 17 del PIDESC. Con el objeto de ayudar a los Estados en el proceso de presentación de estos informes y mejorar la eficacia del sistema de vigilancia ⁶⁷ en su conjunto,

⁶⁴ La Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, y la Convención Marco del Consejo de Europa sobre el Valor del Patrimonio Cultural para la Sociedad, entre otros instrumentos.

⁶⁵ SENYONJO, Manisuli, "Economic, social and cultural rights in international law", Bloomsbury Publishing, 2009, p. 28.

⁶⁶ El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resolución 1988 (LX) del 11 de mayo de 1976 estableció un programa con arreglo al cual los Estados Parte en el PIDESC presentarían por etapas bienales los informes mencionados del artículo 16.

⁶⁷ En su primera observación general sobre "Presentación de informes por los Estados Partes" el Comité enfatizó que la presentación de informes no es una cuestión de procedimiento

en 2008 el CESCR emitió unas directrices ⁶⁸ donde se tuvo particularmente en cuenta *la práctica, en constante evolución, del Comité en relación con la aplicación del Pacto, que se refleja en sus observaciones finales, observaciones generales y declaraciones.*

Específicamente, en materia de derechos culturales, las Directrices instan a que los Estados proporcionen información sobre la infraestructura institucional que promueve la participación popular en la vida cultural y su acceso, en especial a nivel comunitario, en zonas rurales y zonas urbanas desfavorecidas.

Asimismo, se solicita información sobre las medidas destinadas asegurar que las actividades y el patrimonio cultural de la humanidad estén al alcance de todos los segmentos de la población, especialmente de los niños, personas mayores y personas con discapacidad ⁶⁹.

Se solicita también que se informen las medidas que se han adoptado para proteger la diversidad cultural, crear conciencia sobre el patrimonio cultural de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas y de las comunidades indígenas, y que creen condiciones favorables para que puedan conservar, desarrollar, expresar y difundir su identidad, historia, cultura, idioma, tradiciones y costumbres. Se requiere, además, información sobre la enseñanza escolar y profesional en la esfera de la cultura y el arte.

En relación con los demás incisos del art. 15, se solicita que se informe las medidas adoptadas para que los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones estén al alcance de todos y que no sean utilizados con fines contrarios al disfrute de la dignidad humana y los derechos humanos. También, las medidas adoptadas para asegurar la protección efectiva de los intereses morales y materiales de los creadores, citando la Observación General N.º 17 y las disposiciones jurídicas que protegen *la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.*

Finalmente, se solicita a los Estados que describan las medidas adoptadas para conservar, fomentar, desarrollar y difundir la ciencia, la cultura y la colaboración internacional en las esferas científica y cultural ⁷⁰.

diseñado únicamente para satisfacer la obligación formal de cada Estado. Por el contrario, se busca velar porque el Estado supervise la situación real con respecto a cada uno de los derechos de la Convención y facilitar el escrutinio público de las políticas gubernamentales. De esta forma, se contribuye a sentar las bases para la elaboración de políticas claramente definidas y cuidadosamente orientadas a la par del fomento de la participación de los diversos sectores de la sociedad en la formulación, implementación y revisión.

⁶⁸ Estas Directrices, en realidad, son una revisión de las que había redactado el mismo Comité en 1991 a partir del trabajo inicial del secretario general de la ONU.

⁶⁹ Aquí las Directrices citan la Observación general nro. 5, párr. 36 a 38 y Observación general nro. 6, párr. 39 a 41.

⁷⁰ CDESC (2008). “Directrices sobre documentos específicos que deben presentar los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/2008/2>. Fecha de consulta: 16/09/2021.

Cabe destacar que en las Directrices no se establece una definición de *cultura* o *vida cultural*, permitiendo que el concepto evolucione de la mano de la propia humanidad. Además, resulta significativa la consideración de *minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, y la introducción de conceptos como *identidad cultural* o *diversidad cultural*, al ser indicadores mucho más profundos que el mero acceso material a la cultura.

Con las últimas Directrices, el Comité expande el entendimiento del art. 15 (1), al incluir mucho más que el simple acceso a objetos culturales como obras de arte o literatura y reconoce una dimensión más compleja y colectiva de la cultura, situación que se habrá de consolidar con la Observación General N.º 21, suscripta unos meses después de estas Directrices.

4.2. Informes periódicos de los Estados parte y las observaciones finales del CDESC

Si bien en los primeros 25 años de informes periódicos el análisis del cumplimiento del art. 15 era menor, o incluso inexistente, en las últimas décadas los Estados incluyeron en sus informes información vinculada con políticas culturales, financiamiento y medidas destinadas a la promoción de la cultura, del patrimonio cultural, libertad de expresión e identidad. Específicamente, en los últimos 10 años el Comité solicitó, además, información sobre protección de los artistas, medios de comunicación, idiomas, discursos de odio, libertad de expresión, educación, disfrute de los beneficios del progreso científico ⁷¹, auto-identificación ⁷², brecha digital ⁷³, conectividad y acceso a internet ⁷⁴.

Como se puede adelantar, el Comité se ha ocupado en las observaciones finales de un amplio espectro de temas vinculados con la implementación del derecho a participar de la vida cultural. En los últimos años prestó especial atención a grupos específicos como migrantes, pueblos indígenas y minorías, recomendando abiertamente aumentar la visibilidad de los grupos que no pertenecen a las mayorías étnicas o lingüísticas, con miras a promover un mayor respeto de la diversidad cultural.

⁷¹ CDESC. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Eslovaquia. 14 de noviembre de 2019. E/C.12/SVK/CO/3.

⁷² CDESC. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Dinamarca. 12 de noviembre de 2019. E/C.12/DNK/CO/6.

⁷³ CDESC. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Eslovaquia. 14 de noviembre de 2019. E/C.12/SVK/CO/3.

⁷⁴ CDESC. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Mauricio. 5 de abril de 2019. E/C.12/MUS/CO/5; CDESC. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Estonia. 27 de marzo de 2019. E/C.12/EST/CO/3; CDESC. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Camerún. 25 de marzo de 2019. E/C.12/CMR/CO/4; CDESC. Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Turkmenistán. 31 de octubre de 2018. E/C.12/TKM/CO/2.

En efecto, este mismo año, en la observación al informe de Finlandia, el Comité se detuvo en el pueblo indígena de los samis e instó al Estado a que actúe en caso de vulneración de sus derechos a mantener su cultura, su modo de vida y sus medios de subsistencia tradicionales ⁷⁵. En el mismo sentido, en relación con Noruega, el Comité manifestó su preocupación sobre la protección del patrimonio cultural de los samis en tanto la educación en los idiomas samis como idiomas de instrucción no estaría plenamente garantizada en la práctica ⁷⁶. Y en relación con Eslovaquia se refirió a la necesidad de enseñanza de algunos idiomas minoritarios, como el romaní ⁷⁷. En general, el Comité dedica una gran atención al idioma como dimensión fundamental de la identidad cultural de las minorías y los grupos indígenas.

Más aún, el Comité se refirió como parte del derecho a participar de la vida cultural a la educación bilingüe intercultural, la enseñanza de distintos idiomas e incluso la importancia de categorización como idioma oficial en ciertos casos. En el año 2020, en relación con Benín, el Comité solicitó al Estado que proporcione información sobre las repercusiones del programa nacional de fomento de los idiomas nacionales en el disfrute de los derechos culturales de los grupos étnicos y le recomendó que introduzca la enseñanza de los idiomas nacionales en los programas escolares ⁷⁸. En el mismo sentido, en relación con Ecuador, en el 2019 el Comité manifestó su preocupación por el acceso de los migrantes al sistema educativo y por los persistentes obstáculos al acceso a la educación bilingüe intercultural, como la ausencia de servicios en todos los idiomas indígenas y la falta de recursos. Puntualmente, recomendó incrementar de manera urgente las medidas de protección del idioma sápara, entre otros, mediante el fondo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial ⁷⁹. En el caso de Pakistán, el Comité resaltó que si bien allí se hablan más de 80 idiomas, y que algunos de esos idiomas se enseñan en las escuelas junto con el urdu y el inglés, con frecuencia los alumnos no reciben instrucción en su lengua materna en la escuela y cerca de 28 idiomas estarían en peligro de extinción ⁸⁰. En la misma línea, en la observación al informe de Israel, el Comité recomendó que

⁷⁵ CDESC. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Finlandia. 30 de marzo de 2021. E/C.12/FIN/CO/7.

⁷⁶ CDESC. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Noruega. 2 de abril de 2020. E/C.12/NOR/CO/6.

⁷⁷ CDESC. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Eslovaquia. 14 de noviembre de 2019. E/C.12/SVK/CO/3.

⁷⁸ CDESC. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Benín. 27 de marzo de 2020. E/C.12/BEN/CO/3.

⁷⁹ CDESC. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Ecuador. 14 de noviembre de 2019. E/C.12/EQU/CO/4.

⁸⁰ CDESC. Observaciones finales sobre el informe inicial de Pakistán. 20 de julio de 2017. E/C.12/PAK/CO/1.

devuelva al árabe la categoría de idioma oficial y que promueva su uso, entre otros medios, reforzando la Academia de la Lengua Árabe y aumentando los recursos económicos que se le asignan. Afirmó, además, que no se habían adoptado medidas para promover la diversidad cultural, y recomendó adoptarlas puntualmente para crear conciencia sobre las diversas culturas de la población árabe, los beduinos, los trabajadores migrantes y los solicitantes de asilo. Por ello, recomendó al Estado de Israel que vele por que los palestinos que viven en el Territorio Palestino Ocupado puedan ejercer su derecho a participar en la vida cultural sin más limitaciones que las que procedan estrictamente por consideraciones de seguridad, y que *deben aplicarse en forma no discriminatoria de conformidad con el art. 15, párr. 1.a), del Pacto, tal como se interpreta en la Observación General N.º 21 (2009) del Comité, relativa al derecho de toda persona a participar en la vida cultural* ⁸¹.

En materia de no discriminación, el Comité se ha expresado en varias observaciones manifestando su preocupación por la ausencia de medidas adecuadas de protección.

En el 2019, con relación a Suiza, el Comité observó con preocupación que los yeniches, los sinti, los manuches y los romaníes seguían siendo discriminados y que las medidas adoptadas no bastaban para promover sus tradiciones, su cultura y su idioma. Manifestó su preocupación por el número insuficiente de campamentos de acogida, así como por la falta de medidas adecuadas para facilitar el acceso a la educación de los niños pertenecientes a estas minorías ⁸². En el mismo sentido, en relación con el informe final de Eslovaquia, analizó la persistencia de un entorno general de hostilidad y múltiples expresiones de discurso de odio hacia las personas a las que se percibe como diferentes de la población mayoritaria, incluidos grupos minoritarios como los romaníes, los musulmanes y los migrantes. Le preocupó que esa atmósfera pueda erosionar aún más la tolerancia y contribuir a violaciones de derechos humanos, y específicamente pidió que se imparta a los funcionarios públicos formación en materia de derechos humanos sobre no discriminación y respeto de la diversidad y las diferencias culturales ⁸³.

En el mismo año, en relación con Dinamarca, el Comité manifestó su preocupación por el fallo ⁸⁴ del Tribunal Supremo de 2003 sobre la tribu thule,

⁸¹ CDESC. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Israel. 12 de noviembre de 2019. E/C.12/ISR/CO/4.

⁸² CDESC. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Suiza. 18 de noviembre de 2019. E/C.12/CHE/CO/4.

⁸³ CDESC. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Eslovaquia. 14 de noviembre de 2019. E/C.12/SVK/CO/3.

⁸⁴ El 28 de noviembre de 2003, el Tribunal Supremo confirmó por unanimidad la sentencia del Tribunal Superior que resolvió la demanda de la comunidad de Thule en Groenlandia, a la que se había expulsado de sus tierras en 1953 debido a la construcción de una base militar. El Tribunal Superior concedió una indemnización a esta comunidad, pero no el derecho a volver a la región ni a cazar en ella. Consideró que la comunidad de Thule no constituía un pueblo tribal

afirmando que vulneraba la propia esencia del derecho a la autoidentificación. Así, reiteró al Estado su recomendación de que respete el derecho de la tribu thule y de otras comunidades indígenas a la autoidentificación y proteja otros aspectos de su cultura, más allá de los derechos lingüísticos reconocidos en su normativa interna. En el caso de Bulgaria, también se focalizó el Comité en la autoidentificación étnica, al manifestar su preocupación por las medidas adoptadas por las autoridades para disuadir a las personas pertenecientes a minorías de identificarse libremente con un determinado grupo ⁸⁵. La identidad cultural fue también parte de las observaciones a España, instando al Estado a favorecer la promoción, conservación, expresión y difusión de la identidad cultural y legado histórico de la población gitana ⁸⁶.

Como se puede observar, en materia de autoidentificación, el Comité efectúa observaciones generales —como en el caso de España— y puntuales. En el caso de Sri Lanka, recomendó que el Estado realice un censo integral que incluya el elemento del derecho a la autoidentificación del pueblo vedda y se ocupe de las causas profundas de su marginación socioeconómica. El Comité exhortó a que vele por que todos los niños veddas asistan a la escuela hasta que cumplan la edad máxima de escolarización obligatoria ⁸⁷.

Vinculando el derecho a participar de la vida cultural con el derecho a la educación, el Comité se manifestó en las observaciones finales a Países Bajos solicitando un mayor esfuerzo para velar por que la historia y la cultura local se incluyan en los programas de estudios y se ofrezcan posibilidades de estudiar en las lenguas locales en las regiones en las que tradicionalmente se hablan esas lenguas, incluso a nivel universitario. El Comité recordó la OG N.º 21 en la que declaró que la educación debe ser apropiada desde el punto de vista cultural y permitir que los niños desarrollen su personalidad e identidad cultural y que aprendan y entiendan los valores y las prácticas culturales de las comunidades a que pertenecen, así como los de otras comunidades y sociedades ⁸⁸.

En materia de diversidad cultural, el Comité destinó a Estonia preocupaciones puntuales por el enfoque punitivo adoptado por el Estado para hacer cumplir la Ley de Idiomas, por los obstáculos administrativos y las condiciones excesivas al uso de nombres tradicionales en los documentos oficiales e indi-

o autóctono diferente de la población de Groenlandia. Ampliar en: Supreme Court of Denmark, Decision of November 28, 2003, in cases 489/1999 and 490/1999, Hingitaq 53 v. The Danish Prime Minister's Office.

⁸⁵ CDESC. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Suiza. 29 de marzo de 2019. E/C.12/BGR/CO/6.

⁸⁶ CDESC. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España. 25 de abril de 2018. E/C.12/ESP/CO/6.

⁸⁷ CDESC. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Sri Lanka. 4 de agosto de 2017. E/C.12/LKA/CO/5.

⁸⁸ CDESC. Observaciones finales sobre el sexto informe de Países Bajos. 6 de julio de 2017. E/C.12/NLD/CO/6.

cadres toponímicos públicos y por el elevado umbral (50% de los residentes) para permitir que se use un idioma minoritario en las comunicaciones con las autoridades locales. Todo ello como limitación al disfrute del derecho a proteger la identidad cultural propia. Además, recomendó enfáticamente la eliminación de todos los obstáculos para la adquisición de la nacionalidad estonia por personas de nacionalidad indeterminada para que puedan disfrutar de su derecho a participar en la vida cultural en pie de igualdad con los ciudadanos estonios ⁸⁹.

De forma más general, el Comité se expidió en numerosas observaciones sobre la necesidad de adoptar medidas orientadas al respeto de la diversidad cultural de los pueblos indígenas. En el caso de México, sostuvo que las medidas vigentes *no eran suficientes para promover las tradiciones, cultura y uso de lenguas de los pueblos indígenas* ⁹⁰. En el caso de Colombia, recomendó la creación de condiciones favorables para que los pueblos indígenas y las poblaciones afrocolombianas puedan conservar, desarrollar, expresar y difundir su identidad, historia, cultura, lenguas, tradiciones y costumbres ⁹¹. En el caso de Uruguay, para fortalecer la protección de los derechos culturales y el respeto de la diversidad cultural, el Comité instó a crear condiciones favorables para que la población afrodescendiente e indígena pueda conservar, desarrollar, expresar y difundir su identidad, historia, cultura, tradiciones y costumbres, y a adoptar las medidas necesarias para promover el conocimiento del legado histórico y cultural de los pueblos indígenas, especialmente en el ámbito educativo. Además, le recomendó que tome medidas para eliminar las disparidades en el acceso y participación en la vida cultural entre los diferentes grupos socioeconómicos y entre zonas rurales y urbanas ⁹².

Ahondando en medidas vinculadas con la promoción de la diversidad cultural, en la observación a Corea ⁹³ el Comité se detuvo con preocupación en el bajo nivel de aceptación del multiculturalismo por la población del Estado y recomendó la promoción del valor de la diversidad cultural entre su población.

Más aún, el Comité ha vinculado el derecho a participar de la vida cultural con el disfrute del territorio y las prácticas de subsistencia. En las observaciones a Rusia recomendó que el Estado derogue o modifique las restricciones que

⁸⁹ CDESC. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Estonia. 27 de marzo de 2019. E/C.12/EST/CO/3.

⁹⁰ CDESC. Observaciones finales sobre los informes periódico quinto y sexto combinados de México. 17 de abril de 2018. E/C.12/MEX/CO/5-6.

⁹¹ CDESC. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia. 19 de octubre de 2017. E/C.12/COL/CO/6.

⁹² CDESC. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Uruguay. 20 de julio de 2017. E/C.12/URU/CO/5.

⁹³ CDESC. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la República de Corea. 19 de octubre de 2017. E/C.12/KOR/CO/4.

puedan obstaculizar el mantenimiento de los medios de subsistencia de los pueblos indígenas, entre ellos la caza y la pesca ⁹⁴.

En el caso de Ecuador, el Comité analizó el impacto de las actividades extractivas como limitación al disfrute de los derechos culturales, particularmente de pueblos indígenas y afrodescendientes a su territorio ⁹⁵. En la observación a México se resaltó el impacto negativo que tiene la falta de protección y demarcación de las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas en el ejercicio de sus derechos culturales e instó a garantizar la demarcación y protección de los derechos que tienen los pueblos indígenas a poseer, utilizar, desarrollar y controlar con plena seguridad sus tierras, territorios y recursos naturales, incluso mediante el reconocimiento legal, la protección jurídica necesaria y su restitución, cuando estos sean ocupados por personas no indígenas ⁹⁶. Y en el caso de Sri Lanka recomendó que el Estado asegure que el establecimiento de parques nacionales y santuarios siempre se lleve a cabo en estrecha consulta con las personas afectadas, especialmente con el pueblo vedda.

Además de ello, el Comité destacó como limitaciones a la participación en la vida cultural las restricciones al derecho a la libertad de expresión. En las observaciones finales a la República Centroafricana, el Comité vinculó los obstáculos al disfrute por los periodistas, blogueros y emisores de programas de radio como limitaciones al derecho a la libertad de expresión y puntualizó que ello impide su participación en la vida cultural del país y la difusión de una cultura de paz ⁹⁷. En la misma línea, en el caso de la Argentina, el Comité recomendó al Estado fortalecer el acceso a medios de comunicación de grupos desfavorecidos y en particular garantizar el acceso de los pueblos indígenas a los servicios audiovisuales mediante la efectiva implementación de las provisiones relevantes de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual y garantizar dicho acceso en cualquier futuro desarrollo normativo relativo a los medios de comunicación ⁹⁸. Finalmente, y conectando el inc. 1º del art. 15, referido a participar de la vida cultural, con los demás incisos, el Comité manifestó su preocupación por la ausencia de medidas pertinentes para favorecer la accesibilidad y asequibilidad de las actividades culturales e internet. Además, en relación con Kazajstán, el Comité expuso su preocupación por la carencia de políticas que promuevan la participación de jóvenes en actividades científicas.

⁹⁴ CDESC. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de la Federación de Rusia. 16 de octubre de 2017. E/C.12/RUS/CO/6.

⁹⁵ CDESC. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Ecuador. 14 de noviembre de 2019. E/C.12/EQU/CO/4.

⁹⁶ CDESC. Observaciones finales sobre los informes periódico quinto y sexto combinados de México. 17 de abril de 2018. E/C.12/MEX/CO/5-6.

⁹⁷ CDESC. Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Centroafricana. 4 de mayo de 2018. E/C.12/CAF/CO/1.

⁹⁸ CDESC. Observaciones finales sobre el cuarto informe de Argentina. 1 de noviembre de 2018. E/C.12/ARG/CO/4.

ficas y culturales ⁹⁹, y en el mismo sentido, en el caso de México, recomendó que se adopten medidas para favorecer la accesibilidad y asequibilidad de las actividades culturales e internet por parte de los grupos más desfavorecidos y marginados, en particular de los grupos con bajos ingresos ¹⁰⁰.

De lo expuesto se desprende que el Comité se detiene especialmente en la situación de las minorías y los pueblos indígenas en sus observaciones, se refiere a vivienda, educación y libertad de expresión, y todo ello en directa vinculación con el derecho a participar de la vida cultural.

En materia de progreso científico y acceso a la cultura, el Comité vinculó el bajo nivel de acceso a internet en zonas rurales de Camerún y las restricciones del acceso a internet en las regiones del Noroeste y el Sudoeste como limitación al ejercicio de los derechos culturales ¹⁰¹. De igual manera se manifestó con Sudáfrica ¹⁰² y con Colombia ¹⁰³.

Es posible concluir, al analizar las observaciones finales a los Estados, que el Comité solicita información específica en materia de derechos culturales sobre el acceso a la cultura (medios de comunicación, televisión, internet) así como de educación, idiomas, inclusión de minorías, actividades extractivas y desarrollo científico. En la misma perspectiva, el Comité también formula preguntas concretas sobre la financiación de actividades culturales, los recursos destinados a artistas y creadores, los equipamientos educativos para las carreras culturales y la cooperación internacional en el ámbito cultural.

Además, al Comité le preocupan la censura y las medidas destinadas a proteger la actividad creadora ¹⁰⁴, las medidas adoptadas para garantizar la seguridad de periodistas y emisoras de programas de radio ¹⁰⁵, y también aquellas medidas que procuran evitar la concentración de los medios de comunicación ¹⁰⁶. Más aún, el Comité conduce investigaciones propias sobre cuestiones tales como la protección y restauración del patrimonio cultural, protección del

⁹⁹ CDESC. Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Kazajstán. 29 de marzo de 2019. E/C.12/KAZ/CO/2.

¹⁰⁰ CDESC. Observaciones finales sobre los informes periódico quinto y sexto combinados de México. 17 de abril de 2018. E/C.12/MEX/CO/5-6.

¹⁰¹ CDESC. Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Camerún. 25 de marzo de 2019. E/C.12/CMR/CO/4.

¹⁰² CDESC. Observaciones finales sobre el informe inicial de Sudáfrica. 29 de noviembre de 2018. E/C.12/ZAF/CO/1.

¹⁰³ CDESC. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia. 19 de octubre de 2017. E/C.12/COL/CO/6.

¹⁰⁴ CDESC. Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Líbano. 24 de octubre de 2016. E/C.12/LBN/CO/2.

¹⁰⁵ CDESC. Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Centroafricana. 4 de mayo de 2018. E/C.12/CAF/CO/1.

¹⁰⁶ CDESC. Observaciones finales sobre el cuarto informe de Argentina. 1 de noviembre de 2018. E/C.12/ARG/CO/4.

patrimonio cultural lingüístico y del patrimonio cultural de las minorías y los grupos indígenas.

En definitiva, en los informes del Comité se observa una firme adhesión a una interpretación amplia y en constante evolución del derecho a participar de la vida cultural, una que, además, se encuentra intrínsecamente relacionada con otros derechos y principios.

CONCLUSIONES

Como se observa a partir del desarrollo aquí expuesto, el alcance del derecho a participar en la vida cultural se ha ampliado a lo largo de los años. En el momento de su inclusión en el PIDESC, el derecho tenía por objeto hacer que la vida cultural fuera accesible y disponible para una gran parte de la población. La cultura se refería principalmente a las expresiones nacionales y se abordaba desde una perspectiva estrecha, equivalente a las artes y la literatura, y para ser disfrutada en teatros y museos.

Sin embargo, de la mano de la evolución normativa, el Comité ha demostrado que no solo ha receptado en sus directrices y observaciones finales un concepto más amplio de *vida cultural*, sino que ha sido partícipe de su desarrollo.

De acuerdo con el enfoque antropológico, se habla de una forma de vida de los individuos y las comunidades. En consecuencia, el derecho a participar en la vida cultural conlleva una amplia gama de cuestiones, muchas de las cuales están estrechamente vinculadas a otros derechos humanos.

En efecto, el Comité ha abordado los derechos de los creadores y transmisores de cultura, el derecho de las personas a contribuir y tener acceso a la vida cultural, así como los derechos relacionados con la promoción y preservación de la vida cultural, incluidos la educación, el idioma y la religión. También se ha referido a la protección del patrimonio cultural y al establecimiento y consolidación de instituciones culturales, como escuelas, museos, bibliotecas y archivos. Estas cuestiones están estrechamente relacionadas con otros derechos humanos, incluido el derecho a la educación establecido en el PIDESC, así como los derechos a la libertad de pensamiento, religión, expresión y reunión, tal como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ¹⁰⁷.

Teniendo en cuenta las características dinámicas de la vida cultural y la naturaleza general y adaptativa del derecho internacional de los derechos humanos, existen complejas relaciones jurídicas que aún no se han abordado en su totalidad en la Observación General N.º 21 o en las observaciones finales.

Sin perjuicio de ello, el trabajo del Comité ha llevado tanto a una definición amplia del concepto de cultura como a una definición más precisa del derecho a participar en la vida cultural, ayudando a resaltar la importancia de ese

¹⁰⁷ DONDERS, Yvonne, *op. cit.*

derecho para la justicia social y trayendo cuestiones como la igualdad de acceso y la participación sin discriminación en la cultura y la educación.

Conforme se adelantara, a raíz del trabajo del Comité es posible entender el derecho a participar en la vida cultural como la libertad de expresión artística y creativa. También, como el derecho a la conservación, el desarrollo y la difusión del patrimonio y la diversidad culturales.

Además, el derecho a participar en la vida cultural, como acceso a la cultura y la información cultural, tiene una dimensión material, relacionada con el acceso a actividades e instituciones culturales más asequibles, con especial atención a las minorías, los pueblos indígenas y las personas en situación de pobreza. También implica que las infraestructuras culturales ofrezcan igualdad de acceso a las oportunidades, especialmente en lo que respecta a las personas con discapacidad y las personas mayores.

Otra dimensión de la accesibilidad se centra en el acceso a la información cultural, a los medios de comunicación, internet y diversidad lingüística ¹⁰⁸. En este sentido, el derecho de acceso a la cultura está íntimamente ligado con el derecho a la educación y puede entenderse también como un derecho al conocimiento de los recursos culturales ¹⁰⁹.

La importancia del acceso a la cultura no puede separarse de la contribución a la vida cultural, derivada, asimismo, del derecho a participar en la vida cultural. Se refiere a la oportunidad de participar activamente en la diversidad de la creación artística, contribuir a la creación y puesta en valor de las expresiones culturales, participar en la identificación y protección del patrimonio cultural y en la diversidad de creaciones, expresiones y herencia cultural.

Finalmente, implica también que las personas tienen la posibilidad de elegir participar en la vida cultural, o no participar, y que además tienen la opción de determinar en qué vidas culturales quieren participar.

La evolución de la interpretación del derecho a participar en la vida cultural materializada en la Observación General N.º 21 del 2009 sugiere que el contenido y alcance de este derecho se ha ampliado a partir de las expresiones del Comité en las observaciones finales de los últimos años.

A raíz de su trabajo, particularmente de las referidas observaciones finales, se abren numerosas posibilidades para reorientar la política cultural, a nivel tanto jurídico como sociológico.

En efecto, la evolución del derecho a participar en la vida cultural demanda nuevas formas de pensar el derecho público sobre cultura y políticas cultura-

¹⁰⁸ GRONI, Christian. The right to take part in cultural life. *Background paper submitted for Day of General Discussion on Right to take part in cultural life (article 15 (1)(a) of the Covenant)*, 9th May, 2008.

¹⁰⁹ ROMAINVILLE, Céline. (2015), *op. cit.*

les. *La esencia del derecho a participar en la vida cultural es que protege una parte importante de la dignidad humana, a saber; la cultura*¹¹⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, Philip, “The Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, *NYU Law and Economics Research Paper*, 2020.
- CAMPAGNA, Desirée, “Implementing the Human Right to Take Part in Cultural Life: Trends and Perspectives of Inclusive Cultural Empowerment”, *Peace Human Rights Governance*, 1(2), 2017, ps. 169-193.
- DONDERS, Yvonne, “Cultural Life in the Context of Human Rights”, background paper submitted for Day of General Discussion on Right to Take Part in Cultural Life [article 15 (1)(a) of the Covenant], 9th May, 2008.
- “The Legal Framework of the Right to Take Part in Cultural Life”, en *Human Rights in Education, Science and Culture: Legal Developments and Challenges*, 2007.
- GRONI, Christian, “The Right to Take Part in Cultural Life”, background paper submitted for Day of General Discussion on Right to Take Part in Cultural Life [article 15 (1)(a) of the Covenant], 9th May, 2008.
- INTERNATIONAL WOMEN’S RIGHTS ACTION WATCH, “Equality and the Right to Participate in Cultural Life”, background paper submitted for Day of General Discussion on Right to Take Part in Cultural Life [article 15 (1)(a) of the Covenant], 9th May, 2008.
- KOSINSKA, Anna M., *Cultural Rights of Third-Country Nationals in EU Law*, trad. por Adam Kunysz, Suiza, Ed. Palgrave Macmillan, 2019.
- LAGRANGE, Evelyne – OETER, Stefan – UERPMANN-WITZACK, Robert (ed.), *Cultural Heritage and International Law: Objects, Means and Ends of International Protection*, Ed. Springer, 2018.
- LANE, Lottie, “The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice: A Comparative Analysis of the General Comments and Jurisprudence of Selected United Nations Human Rights Treaty Monitoring Bodies”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, 5(1), 2018.
- ODELLO, Marco – SEATZU, Francesco, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: The Law, Process and Practice*, Ed. Routledge, 2020.
- ROMAINVILLE, Céline, “Defining the Right to Participate in Cultural Life as a Human Right”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 33(4), 2015.
- SCHABAS, William. A. (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights: The travaux préparatoires*, Ed. Cambridge University Press, 2013.

¹¹⁰ DONDERS, Yvonne. (2008). *op. cit.* La traducción es propia.

SENYONJO, Manisuli, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Ed. Bloomsbury Publishing, 2009.

Recepción: 4/10/2021
Aceptación: 20/10/2021

EL ACERVO DE LOS MUSEOS PÚBLICOS

Por PEDRO ABERASTURY *

Resumen:

El presente trabajo analiza el régimen jurídico de las obras que se encuentran exhibidas o forman parte de un museo perteneciente al Estado, conforme al derecho argentino, para verificar las condiciones que permiten afirmar su pertenencia al régimen del dominio público y, consecuentemente, el procedimiento de afectación y desafectación a dicho régimen.

Palabras clave:

Museo, obra de arte, dominio público, afectación, desafectación, universalidad pública.

THE ESTATE OF PUBLIC MUSEUMS

Abstract:

This paper analyses the legal regime of the works of art that are exhibited or are part of a museum belonging to the State, according to Argentinian law, in order to verify the conditions that allow affirming their belonging to the public-domain regime and, consequently, the procedure of affectation and reversal to such regime.

Keywords:

Museum, art works, public-domain, affectation, reversal, public universality.

* Doctor en Derecho. Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Administrativo - U.B.A.

INTRODUCCIÓN

La palabra “museo”¹ contiene una directa referencia a la finalidad que se destina al lugar, ya sea la conservación y exposición de colecciones de objetos artísticos y/o de diferente naturaleza² o, como muchas veces ha sido también definido, como depositario del patrimonio cultural, ya que allí se resguardan objetos que constituyen el patrimonio de una Nación³.

Debemos recordar que el primer intento de fundar un museo en la Argentina se debió a la iniciativa de Bernardino Rivadavia, mediante el dictado del decreto del 31 de diciembre de 1823, que lleva como encabezado “Museo Público”, antecesor del Museo Nacional de Historia Natural de Buenos Aires y que, actualmente, se denomina Museo Argentino de Ciencias Naturales “Bernardino Rivadavia” y se encuentra situado en el Parque Centenario de la Ciudad de Buenos Aires⁴.

En lo que es objeto del presente trabajo, restringiremos el estudio a lo que denominaremos “museo público”, comprendiendo dentro de esta terminología a aquellos que se encuentran bajo la égida del Estado Nacional, provincial, municipal y/o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los diferenciaremos de aquellos que son de propiedad particular, aunque su finalidad sea similar.

Lamentablemente, nuestro país no cuenta con una regulación específica que permita considerar el régimen jurídico del inmueble destinado a museo público como tampoco de los bienes incorporados a él o que se encuentran bajo su administración. Por ello, a falta de normativa determinada de regulación de los museos y de su acervo⁵, es interesante ocuparnos de su estudio desde la visión del derecho administrativo, por más que el marco jurídico general se encuentre en el Código que regula al derecho privado.

En el caso del Estado Nacional, el régimen de los edificios que tienen por finalidad albergar a los museos públicos reconoce normas antiguas gene-

¹ Del lat. *musĕum* ‘lugar consagrado a las musas’, ‘edificio dedicado al estudio’, y este del gr. Μουσεῖον Mouseion. Diccionario de la Real Academia Española (disponible en <https://dle.rae.es/museo>, consultado el 9/8/2021).

² Según los Estatutos del ICOM, aprobados por la 22ª Asamblea General en Viena (Austria) el 24 de agosto de 2007, la definición vigente sigue siendo: “Un museo es una institución sin fines lucrativos, permanente, al servicio de la sociedad y de su desarrollo, abierta al público, que adquiere, conserva, investiga, comunica y expone el patrimonio material e inmaterial de la humanidad y su medio ambiente con fines de educación, estudio y recreo.” (disponible en <https://icom.museum/es/recursos/normas-y-directrices/definicion-del-museo/> consultado el 2/9/2021).

³ BROWN, Ellsworth H., “Los museos hoy”, en *Lo público y lo Privado en la Gestión de Museos*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires 1999, p. 20.

⁴ CASTELLO, Hugo P., “La Historia del Museo Público de Buenos Aires (1812-1884)”, en *Manzana de las Luces, crónicas de su historia*, nro. 11, Año 2014, disponible en https://www.academia.edu/7313738/Historia_del_Museo_P%C3%BAblico_de_Buenos_Aires_1812_1884_?auto=download, consultado el 2/9/2021.

⁵ A diferencia de lo que ocurre, a título de ejemplo, en España, por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

rales que no ayudan a esclarecer su naturaleza jurídica, por lo que no resulta claro su régimen dominial y, consecuentemente, las distintas modalidades de cumplimiento de los fines públicos que animan su preservación para lograr un mayor goce de aquellos por parte de la comunidad.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ocurrida en el año 2014 ⁶, que sustituyera al Código Civil de Vélez Sarsfield, no ha innovado, en general, en el régimen jurídico de los bienes del Estado y, en especial, sobre las cosas sujetas al dominio público y privado del Estado Nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, todos ellos, el Estado). A ello se suma que el marco jurídico del acervo de los museos no ha sido materia de un examen pormenorizado por parte de la doctrina administrativista nacional, aunque se lo ha referido dentro de un contexto general.

Debido a la sanción del nuevo Código, es conveniente efectuar una revisión de su normativa para poder situarlo en uno u otro régimen jurídico, y las conclusiones que se extraigan tendrán una directa incidencia en la modalidad del uso y cumplimiento de la finalidad para la cual han sido creados.

En consecuencia, debemos ocuparnos de la naturaleza jurídica de los bienes que constituyen su acervo, es decir, en tanto objetos destinados al cumplimiento de su finalidad, que podrá ser, entre otras, el aprendizaje, la preservación, centro de investigación o de exhibición para que la comunidad toda pueda gozar de ellos.

Como ejemplo de lo expuesto, y porque el objeto de los trabajos que integran este número de la *Revista Jurídica* se encuentra dedicado al arte, se puede hacer referencia al Museo Nacional de Bellas Artes, por considerarlo emblemático por la riqueza de sus obras ⁷. Su fundación se remonta a 1895, cuando el presidente José Evaristo Uriburu dicta el decreto del 16 de julio de 1895 por el cual creó formalmente el Museo Nacional de Bellas Artes, inaugurado el 25 de diciembre de 1896 con una exposición que contenía 163 obras de las escuelas española, francesa, italiana, flamenca y argentina. María José Herrera (2007) señala acertadamente que la aparición del Museo era la “culminación de un proceso de institucionalización del arte que [tuvo a Schiaffino] como protagonista desde sus comienzos. Intelectual de la llamada Generación del 80, se propuso modernizar, educar, inculcar el gusto por el arte en un país que aún no tenía escuelas de arte, ni revistas, ni museos” ⁸.

Su sede fue primeramente provisoria, y el 23 de mayo de 1933 recién pudo contar con el inmueble definitivo en la Avenida del Libertador, esquina Pueyrredón, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, frente a la Facultad de Derecho

⁶ Ley 26994 del 1/10/2014.

⁷ Disponible en <https://www.mininterior.gov.ar/agn/pdf/ArchivosprivadosTomoII.pdf>, consultado el 5/8/2021.

⁸ Archivo General de la Nación, Archivos y colecciones de procedencia privada: comisiones especiales y de homenajes: tomo 2; compilado por Juan Pablo Zabala. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Archivo General de la Nación, 2016, p. 217.

de la Universidad de Buenos Aires. Allí funcionaba la antigua Casa de Bombas de Recoleta, que fuera refuncionalizada por el arquitecto Alejandro Bustillo.

Podemos partir de la normativa más reciente para analizar su actual regulación; así, en el año 2002, se dicta el dec. 1058/2002 por el cual se aprobó la estructura organizativa de la Secretaría de Cultura de la Nación, y dentro de ella se encuentra la Dirección Nacional de Patrimonio y Museos ⁹, en cuya órbita, a su vez, se encuentra el Museo Nacional de Bellas Artes, entre muchos otros museos que de ella dependen.

Posteriormente, por dec. 1917/2006 ¹⁰, el Museo fue conformado como un órgano desconcentrado en el ámbito de la Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación, estableciendo que el nombramiento de su director ejecutivo sería efectuado por concurso público por parte de un jurado acreditado, lo cual fue considerado como un gran avance, pues colocaba su dirección en manos de un experto calificado por sus pares.

Esta desconcentración de competencias ha permitido una mayor eficacia en su conducción, y si bien dentro de sus facultades se encuentra el gestionar sus recursos patrimoniales, humanos y económicos, nada se dice en relación con la titularidad de su patrimonio artístico.

La desconcentración constituye una típica relación interorgánica dentro del marco de una entidad estatal, donde al órgano desconcentrado se le asigna una determinada competencia de iniciativa y decisión, por lo que se trata de una imputación funcional, que permanece unida a través de un vínculo jerárquico pero que, a diferencia de un órgano descentralizado, no tiene personería jurídica propia ¹¹.

Se debe hacer notar que el presupuesto asignado al Museo Nacional de Bellas Artes se encuentra dentro de la órbita de la Secretaría de la cual depende, por lo que cabe colegir que, por tratarse de una delegación de competencias, dicho Museo no es el titular dominial de los bienes que gestiona, sino que es el Estado Nacional quien puede invocar la titularidad de su acervo.

⁹ Su responsabilidad primaria es Entender, conducir y planificar estrategias para la investigación, promoción, rescate, preservación, estímulo, mejoramiento, acrecentamiento y difusión en el ámbito nacional e internacional del Patrimonio Cultural de la Nación, tangible e intangible, inmaterial y oral, en todos los campos en que el mismo se desarrolle. Desplegar acciones directas e indirectas de tutela y de planificación de técnicas administrativas, presupuestarias y museológicas para el desarrollo de los organismos dependientes del área promoviendo los museos argentinos.

¹⁰ Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?jsessionid=7D3E634FA4929912440C7D3CF28C4E91?id=123501>, consultado el 21/9/21.

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 10 ed. La Ley, 2011, t. I, p. 224/5.

1. LOS MUSEOS “PRIVADOS”

En el caso de los llamados museos privados, esto es, establecimientos que tienen los mismos objetivos que los públicos, pero cuyo acervo pertenece a particulares, se considera que, más allá de las similares finalidades que aquellos comparten, su régimen jurídico no puede asimilarse al de los que hemos denominado museos públicos.

Aquellos establecimientos que son de propiedad privada, por más que sean designados como museos, no se encuentran sustraídos a lo establecido en el art. 238 del Cód. Civ. y Com., en cuanto allí se establece una clara distinción entre los bienes del Estado y los de los particulares a través de la utilización de un concepto residual, esto es: en el caso de aquellos bienes que no han sido enumerados en las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título III, su régimen dominial se encuentra sujeto al derecho privado. Lo interesante aquí es remarcar que el deslinde se realiza “sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos, salvo aquellas establecidas por leyes especiales”.

Es importante esta distinción, pues, aunque la creación de los “museos privados” tenga la misma finalidad que la de un museo “público”, no se lo podrá asimilar a un *bien colectivo*. En efecto, el art. 240 del Cód. Civ. y Com. hace referencia únicamente a los bienes mencionados en dicho Título III, dentro de los cuales el museo privado y su acervo no se encuentran comprendidos. A ello se agrega que la normativa de derecho público solo admite la expropiación como único medio de desapoderar de bienes a un particular, previa declaración de utilidad pública e indemnización justa, conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la CN, que dispone que la propiedad es inviolable.

Aun en el caso de que, conforme a la ley 12.665¹², se declarara al acervo como un bien protegido, si tal declaración implicase una limitación al dominio, se debe indemnizar al propietario¹³.

¹² Cfr. Ley 12665 que posibilita la expropiación de los bienes “artísticos”, previa justa indemnización.

¹³ La CSJN, en un caso considerado como paradigmático, tuvo ocasión de expresar que: “Corresponde confirmar la sentencia que admitió la demanda de expropiación irregular promovida contra el Estado Nacional porque si bien de acuerdo con la ley 12.665 y su decreto reglamentario la declaración de “monumento histórico-artístico” no trae aparejada, por sí sola, la obligación del Estado Nacional de expropiar cada cosa que se declare comprendida en su régimen, los elementos adjuntados a la causa resultan demostrativos de que la declaración contenida en la ley 25.317 y las circunstancias que siguieron a tal decisión, no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento de ese derecho pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble y la expropiación resulta el único medio apto para garantizar la manda contenida en el art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes, para asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural ha sido reconocido por todos los involucrados sino en el pleito”. Zorrilla Susana y Otros c/ EN-PEN- s/ Expropiación Servidumbre Administrativa, del 27/08/2013, Fallos: 336:1390. Comentada por GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Patrimonio Cultural, Desamparo de los Propietarios: Un caso paradigmático en Argentina”, en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *El Patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, Madrid, INAP, 2017, p. 193.

Se puede concluir que, si el acervo de un museo privado fuera considerado como sujeto de protección, sería necesario que se siga el procedimiento allí previsto para tutelar el derecho de propiedad del particular, a efectos de no incurrir en un supuesto confiscatorio por las limitaciones que pudiera contener.

2. BIEN DEL DOMINIO PÚBLICO O PRIVADO

La noción de dominio público constituye un concepto discutido en doctrina y, tal como afirmara Villegas Basavilbaso, una correcta terminología fue la creada por Pardessus que, posteriormente, fue adoptada por Proudhon (1833), donde se distingue al dominio público, constituido por cosas inalienables e imprescriptibles, del dominio privado, que son cosas que adquiere el Estado como propietario particular ¹⁴.

Debemos advertir que en el derecho administrativo no se puede asimilar dominio a propiedad, tan usual en el derecho privado; consideramos que, si bien contienen puntos en común, la figura del dominio (en el derecho administrativo) contiene diferencias que no permiten su equiparación ¹⁵.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha innovado en relación con el Código de Vélez Sarsfield en adoptar una denominación genérica —“bienes”— mucho más amplia que el término “cosas”, ya que actualmente las cosas se encuentran comprendidas dentro de esta clasificación. El término “bienes” comprende a aquellos que tienen o no valor económico y alcanzan a los colectivos y a los comunitarios, además de haberle dado una ubicación distinta, al referirlo en relación con las personas. En las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título III, se enumeran los bienes que se encuentran afectados al dominio público, en especial en el art. 235 ¹⁶, mientras que el art. 236 se ocupa de aquellos que se consideran bienes del dominio privado del Estado, cuando expresa que se encuentran comprendidos “e) los bienes adquiridos por el Estado Nacional, provincial o municipal por cualquier título” ¹⁷.

Por lo tanto, se reconoce que los bienes del dominio público conforman una categoría especial que se distingue del derecho real de dominio del derecho privado al contener un tratamiento específico en relación con el uso y goce que se le puede dar a ellos.

¹⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, ed. TEA, 1952, t. IV, p. 9.

¹⁵ El art. 1882 del CCyCN no permite su equiparación en tanto define al derecho real como un poder jurídico que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular y cuando en el art. 1887 enumera los derechos reales menciona al dominio.

¹⁶ Cuya enumeración no sería taxativa: Cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.*, pp. 81 y 95.

¹⁷ De esta manera, ha quedado superada la polémica de que las cosas muebles no pueden tener el carácter de públicas por sí solas sino en la medida que estén afectados al servicio público. Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 5ta ed. Depalma, 1956, t. III, p. 410.

El art. 15 del Cód. Civ. y Com. establece que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio y, consecuentemente, al definir el dominio perfecto, el art. 1941 del Cód. Civ. y Com. dispone que es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa. Sin embargo, el titular de un bien del dominio público no puede argüir que su dominio es perfecto en la medida en que no puede disponer en forma plena y libre o darle cualquier destino ¹⁸.

De ello se concluye que, para el derecho administrativo, dominio público y propiedad no son términos equivalentes, porque el titular no tiene el total poder sobre la cosa ni tampoco puede privar por sí y ante sí de su uso a la comunidad. Todo ello sin incursionar en la discusión sobre quién es el titular, el Estado o el pueblo ¹⁹. Por lo tanto, el dominio público no se constituye como un derecho de propiedad en la terminología utilizada por el derecho privado, pues los caracteres que esta rama del derecho le asigna, tales como la potestad de uso y goce y disposición sobre la cosa, solo se disponen en la medida en que una reglamentación razonable no prive a la comunidad de dicho uso y goce.

Un bien incluido en el patrimonio del Estado puede ser considerado como sujeto al dominio privado o al dominio público, y únicamente luego de este encuadramiento se podrá advertir si se encuentra dentro o fuera del comercio. Asimismo, el procedimiento por el cual un bien del dominio privado del Estado solo puede ser incorporado al régimen del dominio público es mediante el instituto de afectación.

En principio, la afectación debe ser realizada mediante una ley del Congreso Nacional, en la medida en que nos encontremos frente a un bien natural, pero en el resto de los casos —o sea, los artificiales, que también pueden ser afectados por una ley— se pone en discusión si pueden ser afectados por un acto administrativo y/o por un hecho administrativo y si este hecho puede ser tácito.

Las consecuencias son determinantes pues el Código Civil y Comercial ha establecido que los bienes que integran el dominio público se encuentran fuera del comercio ²⁰, por lo que no son de libre transmisibilidad, encontrándose sujetos al régimen establecido por el derecho público y, en especial, el administrativo. Es decir, un bien del dominio público se encuentra fuera del comercio y, conforme al art. 237 del Cód. Civ. y Com., que ha recogido lo sostenido por la doctrina, es inajenable, inembargable e imprescriptible, recordando que las

¹⁸ Nos referimos al registro y no a la pertenencia para no entrar en la discusión si la misma se le adjudica al Estado y no a la comunidad o al pueblo, tesis esta última que sustentara el Maestro Marienhoff.

¹⁹ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 4ª ed. Abeledo- Perrot, 1998, t. V, p. 56. “No hay que confundir, entonces, el ejercicio de la representación, que corresponde a los órganos del Estado, con la titularidad de los bienes que éste administra...” CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 10 ed. La Ley, 2011, t. II, p. 319/320.

²⁰ Art. 234 del CCyCN.

personas tienen su uso y goce conforme a las reglamentaciones generales y locales, por lo que estos caracteres no constituyen la causa sino los efectos de encontrarse comprendidos en tal régimen jurídico ²¹.

Ante ello, se plantea si la inenajenabilidad es absoluta o cuáles podrían ser las circunstancias que permitirían que su uso admita una inenajenabilidad relativa, en la medida en que se ha reconocido que puede ser objeto de un uso especial, compatible con la naturaleza y el destino del bien (a través de permisos o concesiones o cualquier otra figura del derecho administrativo), con lo cual, a través de un acto administrativo, un bien del dominio público puede ser afectado al uso de una persona, siendo necesario para ello una autorización previa.

De acuerdo con ello, los bienes que se integran dentro del dominio público son inalienables, al estar destinados a la utilidad y el goce de toda la sociedad, implicando que se encuentran fuera del comercio privado. Es por esta razón que son inembargables, por tratarse de una medida de aseguramiento que tiene por destino su enajenabilidad, usualmente para resarcir al acreedor, por lo cual es irrazonable considerar el desapoderamiento, pues si se lo enajenara quedaría desvirtuada la razón de ser, es decir, satisfacer intereses generales de la comunidad en pos de un acreedor particular.

Por último, y sobre la base de lo expresado, no son susceptibles de adquisición por prescripción, en tanto un particular no podrá alegar el uso sobre las cosas del dominio público del Estado por medio de la posesión, ya que esta se efectiviza mediante la tenencia absoluta de la cosa ²².

3. BIENES QUE INTEGRAN EL DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO

Tanto el Código Civil como el Código Civil y Comercial diferenciaron los bienes que integran el dominio público en naturales y artificiales, es decir, aquellos que se encuentran en su estado natural por ser parte de la naturaleza, y aquellos constituidos por la intervención del hombre.

Ello nos conduce a establecer su régimen jurídico en la medida en que el inc. 7º del art. 2340 del Cód. Civil y, actualmente, el inc. f) del art. 234 del Cód. Civ. y Com. prescriben que pertenecen al dominio público “las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común”, manteniendo la redacción del art. 2340, inc. 7º, del Cód. Civil. La extensión de lo que el Código denomina “obra pública construida”, y

²¹ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 4ª ed. Abeledo-Perrot, 1998, t. V, p. 258.

²² Los bienes de dominio público, al integrar el patrimonio del Estado Nacional, se hallan fuera del comercio de derecho privado y son imprescriptibles, por lo cual no pueden ser objeto de una prescripción adquisitiva, ni siquiera pueden ser objeto de una posesión útil por parte de terceros. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite- Recurso Queja N.º 1 - Estado Nacional c/ Rivas Osvaldo y otros s/ Varios, del 30/07/2020. Fallos: 343:648. En igual sentido: Fallos: 341:1408.

si comprende o no a aquellos bienes adquiridos por el Estado con destino a la “utilidad o comodidad común”, nos enfrenta con el art. 236, inc. e), que dispone que son bienes privados del Estado “los bienes adquiridos por el Estado Nacional, provincial o municipal por cualquier título”.

En tanto, respecto de los bienes “artificiales”, que han sido construidos por el hombre para una utilidad o comodidad común, puede plantearse si, para encontrarlos comprendidos dentro del régimen del dominio público, es suficiente que los haya mandado construir el Estado o también se encuentran comprendidos aquellos bienes que han sido adquiridos por este, por cualquier causa, pero en la medida en que dicho destino sea la utilidad o el bienestar común. Esto también acarrea un importante planteo: ¿cómo se los puede diferenciar de otros bienes que se encuentran incorporados al patrimonio del Estado? Ello así en la medida en que el art. 236 del Cód. Civ. y Com. dispone que son bienes privados del Estado: “e) los bienes adquiridos por el Estado Nacional, provincial o municipal por cualquier título”. Esta fórmula difiere de la contemplada en el art. 2342, inc. 4º, del Cód. Civil, que incluía otros supuestos, tales como “los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados”.

Para poder distinguir los bienes comprendidos en la dominialidad, Marienhoff expuso que para poder encuadrarlos tienen que encontrarse reunidos cuatro elementos constitutivos: un elemento subjetivo, en la medida en que el titular sea el Estado —aunque este autor hizo una distinción entre Estado y pueblo—; un elemento objetivo, que recaiga sobre un bien y/o una universalidad pública; un elemento finalista, en tanto es necesario su uso público, y un elemento normativo o legal²³.

Por otra parte, y como se ha expresado, la consecuencia es que el dominio sobre esta clase de bienes no es “perfecto”, en tanto el *ius fruendi* puede ser ejercido, pero mediante una reglamentación, tal el caso de las concesiones y permisos para asignar el uso del bien a un particular. En cuanto al *ius abutendi*, facultad de disponer, no puede ser ejercido sobre un bien del dominio público y será necesario su desafectación en forma previa para que ello ocurra.

Estas características propias del dominio público no se compadecen con las del dominio del derecho privado, y los civilistas han remarcado las diferencias que existen con relación al derecho de propiedad civil, en la medida en que carece de los atributos esenciales del propietario, pues no puede disponer ni gozar exclusivamente de la cosa, en la medida en que su uso es común, aunque

²³ MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

tiene facultades propias del dominio eminente ²⁴, por lo que no se trataría de un derecho real ordinario ²⁵.

A ello se suma que del examen del articulado surge que el codificador ha considerado que el bien artificial afectado al dominio público se encuentra demarcado por la “utilidad o comodidad común”, por lo que el actual codificador ha subrayado el elemento finalista como determinante para distinguir el régimen jurídico de los bienes artificiales del Estado. Asimismo, los bienes que integran el dominio público pueden extenderse a otros bienes, más allá de los mencionados en el inc. f) del art. 235, por ser una enumeración no taxativa.

Por último, cabe reparar en qué medida su uso debe ser necesariamente gratuito o puede ser oneroso. Así, en principio, el uso común es gratuito, tal cual lo constituye el derecho a transitar por una plaza, pero ello no obsta a que se exija el pago de una suma de dinero, aunque este debe encontrarse autorizado por un texto legal, que puede provenir de un acto administrativo fundado en una normativa antecedente. Ello surge del art. 237 del Cód. Civ. y Com., en cuanto dispone que el uso y goce se encuentra sujeto a disposiciones generales y locales, lo cual habilita a considerar que puede ser dispuesto por un acto administrativo emanado de la persona con competencia suficiente, lo cual permite afirmar que, en la medida en que razonablemente se disponga que dicho uso debe ser oneroso, no existiría obstáculo legal alguno para disponerlo.

4. AFECTACIÓN Y DESAFECTACIÓN DE UN BIEN AL DOMINIO PÚBLICO

La afectación es el procedimiento por medio del cual un bien se incorpora al dominio público, y esta excepcionalidad del régimen jurídico al cual se encuentra sujeto se justifica porque este bien se encuentra a disposición de los particulares para su uso común.

El Código Civil y el Código Civil y Comercial de la Nación son ejemplos de esta modalidad de afectación, pues se realiza por medio de una ley, donde se establece qué bienes tienen esta condición y cuáles no; la ley es el mecanismo natural de afectación.

Sin embargo, debemos señalar que ambos cuerpos legislativos han clasificado dichos bienes en naturales y artificiales, por lo que, en principio, la afectación al dominio público natural constituye una delegación de competencia legislativa que las provincias han dispuesto en favor del Congreso Nacional. Sin embargo, el art. 121 de la CN, que expresa: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresa-

²⁴ BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, 18º ed. actualizada Perrot, 1996, p. 385.

²⁵ RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, La Ley S.A.E. e I., 2014, t. I.

mente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”, permite sostener que, al dictarse el Código de fondo, autorizado por el art. 75, inc. 12, de aquella, ha delegado parte de su competencia originaria ²⁶, pero ha mantenido aquella que no ha sido expresamente delegada ²⁷.

De lo expuesto puede concluirse que las provincias han delegado la competencia de afectación de los bienes naturales, aunque consideramos que, a partir de lo expresado en el art. 237 del Cód. Civ. y Com., se puede inferir que se ha diferenciado la titularidad de la pertenencia y la posibilidad de reglamentación del régimen jurídico de los bienes al cual pertenecen ²⁸.

No existe duda alguna acerca de la enumeración realizada por el art. 235 respecto de los bienes naturales, que se encuentran destinados al uso común, sujeto a las reglamentaciones que establezcan su ejercicio en un todo conforme con lo establecido en el art. 14 de la CN.

La enumeración del art. 235, como hemos adelantado, no es taxativa, ya que de lo contrario no tendría explicación lo dispuesto en el art. 234, que establece que existen bienes fuera del comercio cuando ello ha sido dispuesto: “b) por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones”, por lo que la interpretación armónica de ambos preceptos nos permite fundamentar lo expuesto, pudiéndose citar, a manera de ejemplo, la ley 25.743 ²⁹, que dispone que pertenecen al dominio público los bienes arqueológicos y paleontológicos.

Por lo expuesto, mediante la afectación de un bien, el Estado lo coloca a disposición de todos para que aprovechen de él. Tratándose de bienes naturales, no hay duda de que el procedimiento previsto es por una ley del Congreso, sin perjuicio de la posibilidad de las provincias de afectar un bien natural cuya competencia se hayan reservado.

²⁶ Como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación: De acuerdo con el sistema político adoptado por nuestra Constitución, los poderes de la soberanía se encuentran divididos entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales: los del primero revisten la calidad de supremos y absolutos, y se aplican en todo el territorio de la República, es decir, aún dentro del perteneciente a las propias provincias; los de los segundos, presentan los mismos caracteres, pero únicamente pueden ser ejercitados dentro de los límites territoriales de la provincia (Fallos: 147:239). Asimismo, ha sostenido que mientras los poderes de las Provincias son originarios e indefinidos, los delegados a la Nación son definidos y expresos (Fallos: 304:1186; reiterado en Fallos: 331:1412, entre otros). Asimismo, las provincias conservan todo el poder no delegado en la Constitución al gobierno federal (Fallos: 322:2817).

²⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, t. II, p. 330.

²⁸ Artículo 237 del CCyCN: “Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce. Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236”.

²⁹ Artículo 9º: “Los bienes arqueológicos y paleontológicos son del dominio público del Estado nacional, provincial o municipal, según el ámbito territorial en que se encuentren, conforme a lo establecido en los artículos 2339 y 2340 inciso 9º del Código Civil y por el artículo 121 y concordantes de la Constitución Nacional.”

El problema reside en determinar cuál es el medio factible de afectación de un bien artificial al dominio público: si la única modalidad de afectación es por medio de una ley ³⁰ o si podría ser afectado por otro medio, en el caso, un acto administrativo de alcance general o particular o por un hecho administrativo, expreso o tácito ³¹.

Es nuestra opinión que la finalidad a la cual son destinados los bienes tiene especial relevancia para posibilitar el encuadramiento de un bien dentro de este régimen, que consideramos de excepción; es decir, la afectación de un bien artificial al dominio público podrá ser realizada en la medida en que su incorporación lo sea para *utilidad o comodidad común*, conforme al precepto señalado por el legislador en el art. 235, inc. f).

Hemos de afirmar que la afectación puede recaer sobre un bien en particular o sobre un conjunto de bienes, como aquellas obras “organizadas” o “formadas”, tal el caso de un museo o una biblioteca. Asimismo, un conjunto de bienes podría también ser integrado dentro del dominio público en la medida en que se lo considere un patrimonio cultural, pero este adjetivo no constituye un término unívoco, pues puede englobar distintas clases de bienes, entre las cuales se pueden encontrar las obras de arte o —como los conceptualizó el art. 2º, inc. 7º, de la ley 25.197, que estableció el régimen del registro del patrimonio cultural— los “bienes de interés artístico”.

El codificador no ha reparado en estos temas ni en su alcance, por lo que ha perdido la oportunidad de dilucidar cuáles bienes podrían encontrarse afectados al dominio público del Estado y cuáles no. Ha dejado esta tarea al intérprete.

La enumeración del inc. f) del art. 235 nos indica que el dictado de un acto administrativo es un procedimiento factible para determinar la afectación de, por ejemplo, una plaza, ya que en primer lugar debe recorrerse todo el camino procedimental de contratación para llevarla a cabo y dictarse el acto administrativo final de recepción de la obra, y luego su liberación al uso público, que configura un hecho subsecuente —tal el corte de cintas de inauguración—, pero este hecho, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es esencial para incorporarlo a este régimen ³².

³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, 1ª ed. Rubinzal Culzoni, 2014, pp. 772.

³¹ BORDA, Guillermo A., *op. cit.*, p. 386. Este autor pone como ejemplo un inmueble de propiedad particular del Estado que podría ser convertido en plaza o paseo público.

³² Si el acto emanado de la autoridad provincial se limitó a una mera declaración de voluntad que nunca se tradujo en la ocupación del inmueble por la policía provincial, no procede considerarlo como un bien del dominio público por falta de una consagración real y efectiva al uso o servicio público, aun cuando hubiera existido una anterior afectación formal a dicho uso o servicio. Estado Nacional (Ministerio del Interior) Prefectura Naval Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ usucapión, del 27/09/2005, Fallos: 328:3590. La afectación de un bien al dominio público requiere, además de la norma que la imponga, su consagración efectiva al uso o servicio general o común, debiendo, asimismo, ser susceptible de tal uso o servicio. Son insuficientes, para consumar la afectación, las nudas declaraciones legales. Provincia de Misiones c/ Nación. 1965, Fallos: 263:437. A falta de toda prueba de la afectación y consagración efectiva al uso y goce de

En este último caso, no se presentan dificultades, pues se trata de una obra pública, pero en los restantes sería necesario, para considerar que se encuentra dentro del dominio público, la finalidad tenida en miras ³³.

Sin embargo, consideramos que un hecho de la Administración no es condición suficiente para que el bien sea encuadrado dentro del régimen del dominio público, y para sostener esta tesis cabe acudir a lo dispuesto en la ley 25.197, en tanto, para incluir un bien dentro del régimen de protección, debe mediar un acto expreso formal de la autoridad competente que así lo haya determinado ³⁴. A ello se agrega que la conducta de la Administración no puede constituir una vía de hecho, sino que el hecho debe ser consecuencia de una declaración de voluntad anterior ³⁵.

En relación con el hecho como modalidad de afectación, el problema se centra en el procedimiento de afectación para que el bien pueda ser considerado como dominial; si se lo dejara únicamente librado a la producción de un hecho, estaríamos afectando la seguridad jurídica, en tanto se tratará de un bien que se encuentra sujeto a los caracteres de la dominialidad. Inclusive la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió a la existencia de un acto previo de aprobación para considerar que un bien se encontraba sujeto al dominio público ³⁶.

la comunidad del inmueble donado a una provincia, no procede considerarlo bien del dominio público. Lanusse, Pedro y Antonio S.A. c/ Provincia de Buenos Aires. 1942, Fallos: 194:210, (2º Edición 194:142). La declaración de voluntad del poder público tendiente a producir la afectación de un bien al dominio público es ineficaz si no concurren los siguientes requisitos: a) que el bien al cual se refiere se halle en su patrimonio; b) que aquél haya sido colocado en su estado exterior aparente para ser viable al servicio. Dir. Nac. de Vialidad c/ Inmobiliaria Italo Argentina S.A. 1938, Fallos: 182:375.

³³ Cuando el Estado nacional o provincial realiza una obra pública sobre el terreno de un particular y con conocimiento de éste la entrega al uso de la colectividad, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno —que seguiría siendo del dominio del particular y regido por el Código Civil— y la obra perteneciente al público y ajena por ende al régimen de dicho Código, pues se trata en adelante de un bien del dominio público respecto del cual no cabe el ejercicio de acciones reales como la reivindicatoria (CSJN, Bergadá Mujica, Héctor c/ Río Negro, Provincia de s/ reivindicación de inmueble. Del 05/09/2002, Fallos: 325:2223).

³⁴ DE LA RIVA, Ignacio, “La protección del patrimonio cultural en el derecho argentino”, en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *op. cit.*, p. 170.

³⁵ Nótese que todos los ejemplos que refiere Marienhoff pueden reconocer un acto administrativo previo y que el hecho es una consecuencia de haberse dictado tal acto. Refiere que sería el caso de las cosas incorporadas a un museo público donde considera que el hecho es la exhibición y esta puesta constituye un hecho. MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, p. 186.

³⁶ La consagración o afectación que produce la consecuencia de trocar la propiedad privada del Estado, sujeta hasta ese momento al derecho civil, en una propiedad regida por el derecho público, consiste en la manifestación de voluntad del poder público en cuya virtud, cumplidos los trabajos correspondientes a su estado exterior, la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad; siendo necesario para que sea eficaz esa declaración de voluntad, que concurren las dos condiciones de que el bien al cual ella se refiere, se halle actualmente en su patrimonio y que la cosa haya sido colocada en su estado exterior aparente para ser viable al servicio. El origen de la cosa pública debe referirse al momento en que tiene lugar su consagración a la función buscada, poniendo de manifiesto las consecuencias de esa consagración de parte de la propiedad privada del Estado al uso o goce común, de hacerla imprescriptible, inalienable, inembargable, exenta de

Más delicado es el problema de la desafectación de un bien del uso o utilidad común, por cuanto no se trata de un cambio de titularidad sino de régimen jurídico. Reiteramos que no es óbice desafectar por vía de una ley o de un acto administrativo, pero genera una total incertidumbre que dicho cambio de régimen sea realizado por un hecho proveniente del Estado que produzca efectos jurídicos ³⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que la desafectación puede ser realizada por un hecho de la Administración, tal el caso de caminos abandonados, desviados, suprimidos, etc. ³⁸. Asimismo, que puede ser formal o tácita, pero los actos o hechos que la produzcan deben ser indudables y manifestarse por constancias inequívocas de las que se desprenda una certeza irrefutable de aquella; por otra parte, los hechos de los particulares, por sí solos, no son hábiles para operar la desafectación de los bienes públicos, pues requieren inexcusablemente del asentimiento indubitante de la autoridad competente ³⁹.

Sin embargo, a nuestro criterio, sería preferible la declaración por parte de la Administración mediante el dictado de un acto administrativo expreso ⁴⁰, es decir, un acto formal, y —sobre la base del principio del paralelismo en las

disposición fiscal y sujeta a la policía propia de los caminos y de las calles, la necesidad de que la afectación sea un acto expreso y circunscripto a bienes cuidadosamente especificados. Alió, Enrique por la Provincia de Buenos Aires c/ Mar del Plata Golf Club. 1926. Fallos: 146:304. También en Fallos: 147:178.

³⁷ Distinto es el acto de la extinción del bien por un hecho natural, conforme lo dispone el art. 1931 del CCyCN.

³⁸ Cuando no existe un acto formal de desafectación del bien de dominio público sobre el cual se intenta la usucapión, el interesado debe probar mediante constancias inequívocas la existencia de actos o hechos imputables al Estado que sustraigan al bien del uso público; solo en el supuesto de que se pruebe tal extremo el bien podría pasar al dominio privado y ser objeto de prescripción adquisitiva por parte de terceros (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco). Recurso Queja N.º 1 - Estado Nacional c/ Rivas Osvaldo y Otros s/ Varios, del 30/07/2020. Fallos: 343:648.

³⁹ Carranza, Amanda Marta c/ Ferrocarriles Argentinos - Estado Nacional - ADIF S.E. s/ acciones reales reivindicatoria - confesoria — posesoria. Del 30/10/2018. Fallos: 341:1408. Igualmente, en Fallos 335:1822, la CSJN se refiere a actos y a hechos como procedimiento de desafectación.

⁴⁰ La propiedad pública del Estado Nacional o de los Estados provinciales, así como de las comunas o municipalidades en el caso del artículo 2344 del Código Civil, sobre los inmuebles que forman el objeto de aquélla, y a que se refiere el artículo 2340, inciso 7º, del mismo Código, termina por la desafectación producida por una declaración de la administración o por un hecho de la misma, en cuya virtud aparezca indudable que la cosa ha dejado de servir directamente al fin de uso y goce públicos, al cual hasta ese momento se encontraba destinada. Y tal desafectación cuando es ordenada por la autoridad con facultades suficientes, produce el efecto general de cambiar la condición jurídica del bien, que se torna, a partir de ella, enajenable, prescriptible, embargable y regido, no ya por las disposiciones del derecho administrativo relativas a la policía de los caminos y de las calles, sino por el derecho civil, a cuyo campo de acción ha ingresado, como consecuencia de aquélla, y dentro del cual el Estado o la comuna ejercitan su poder jurídico sobre las cosas, en las condiciones de sus otros bienes del dominio privado. Alió, Enrique por la Provincia de Buenos Aires c/ Luro de Mezquita, Matilde. 1926. Fallos: 146:288.

formas— esta declaración debe ser efectuada por la misma autoridad que lo dispuso, por ser la única que tiene competencia para efectuar la desafectación ⁴¹, aunque consideramos que también puede serlo por una autoridad superior ⁴².

5. EL ACERVO DE LAS OBRAS DE ARTE

Luego de estas aclaraciones, debemos adentrarnos en la naturaleza jurídica de las obras que son exhibidas en un museo público. Tanto el bien inmueble cuyo destino o finalidad es albergar un museo público como las obras de arte que se encuentran inventariadas como pertenecientes a él ⁴³ tienen un estatus jurídico que debe ser analizado en forma particularizada, tal cual lo señaló el codificador Vélez Sarsfield en el antiguo art. 2335 del Cód. Civil ⁴⁴.

En el caso del Museo Nacional de Bellas Artes, a manera de ejemplo, su acervo se encuentra inventariado como integrante de este ente desconcentrado ⁴⁵; el Museo como tal no es titular de dicho patrimonio, pues no tiene personería jurídica, pero podemos considerar que el “propietario” es el Estado Nacional, y que ello sería suficiente para considerar al acervo demanial, ya sea por integrar una universalidad —según el criterio de Marienhoff— o por integrar el inventario —conforme al criterio de Villegas Basavilbaso ⁴⁶—.

Consideramos que cualesquiera de estos criterios no son suficientes para tenerlos como bienes demaniales. Si volvemos al criterio de Vélez Sarsfield acerca de qué es lo principal y qué constituye lo accesorio, y cuál es su implicancia, en la nota al art. 2335 citado expone: “Nosotros consideramos que el papel y la tela son hechos para el uso de la escritura o de la pintura; y no la escritura o la pintura para el uso del papel o de la tela”, lo cual nos enfrenta a dirimir lo principal de lo accesorio. Ejemplificando: ¿qué se considera como de interés artístico?: ¿la pintura obrante en la tela?, ¿el marco del cuadro que la comprende? —por cierto, quien

⁴¹ Corresponde hacer lugar a la demanda de la Administración de Parques Nacionales contra la provincia del Neuquén y declarar que las secciones XXXVIII y XXXIX integran los Parques Nacionales Nahuel Huapí y Lanín, en tanto toda la legislación dictada sobre la materia reivindicó su condición de parte integrante del dominio público nacional y no ha mediado el necesario acto de desafectación formal, presupuesto necesario para el caso de los bienes del dominio público. Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa, del 19/12/2000, Fallos: 323:4046. Criterio que ha sido reiterado en Fallos: 342:2256; 341:289; 340:991.

⁴² En contra, MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, p. 227.

⁴³ Por supuesto que no indagaremos en la definición de que es una obra de arte. Cfr. *Brançusi v. United States*, 54 Treas. Dec. 428, 429 (Cust. Ct. 1928) a partir de la obra “Pájaro en el espacio”.

⁴⁴ “Art. 2.335. Las pinturas, esculturas, escritos e impresos, serán siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesorios la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallasen adheridos”.

⁴⁵ Cfr. P. ej. https://www.bellasartes.gob.ar/coleccion/buscar/?pagina=4&nueva_adquisicion=True consultado el 6/9/2021.

⁴⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.*, pp. 321/23.

haya visitado el Museo se encontrará con marcos bellísimos en las pinturas que allí se exhiben—; y, siguiendo con el recorrido, ¿qué régimen jurídico asignamos a una silla o a un banco? —que también integran seguramente el inventario del Museo y se disponen para contemplar una pintura o una escultura, y están allí para el uso de la comunidad—, a efectos de considerarlos como integrando un bien demanial.

Asimismo, nos encontramos con otro interrogante, esta vez de origen temporal: ¿desde qué momento —a partir de que una obra de esta naturaleza es adquirida por el Estado hasta el momento en que es exhibida como tal—, cuánto tiempo debe pasar para considerar que ha cambiado su régimen jurídico del dominio privado (enajenable, prescriptible, embargable) al dominio público, que la centra fuera del comercio?; o, dicho en otros términos, ¿cuándo se la considera afectada al dominio público conforme al derecho argentino? ⁴⁷; ¿por ese solo hecho integra una universalidad y se la considera demanial ⁴⁸, o es necesaria una exhibición previa como hecho de afectación para que sea demanial?

Todos estos temas no se encuentran resueltos en el Código Civil y Comercial, pero si siguiéramos las ideas de Marienhoff, ello nos permitiría afirmar que esta afectación tendrá lugar a través del hecho fáctico que se exterioriza cuando la obra de arte se integra como una universalidad que se encuentra a disposición del público —independientemente de su exhibición—. Este autor sostiene que, en forma aislada, el mismo bien puede ser considerado como perteneciente al dominio público o al privado. Pero cuando una universalidad, como conjunto de cosas, “pertenezca a un mismo sujeto y halle destino en un fin único, [ese] conjunto de cosas es lo que en derecho denominase universalidad pública” ⁴⁹, que se encuentran por un hecho o una manifestación de voluntad del poder público, cuando han sido incorporadas a un uso y goce común ⁵⁰.

Nos permitimos un leve disenso de esta postura, ya que se puede presumir la existencia de un acto previo que conlleve la finalidad de integrarlo a esta universalidad; es decir, un hecho como tal no es una condición por sí sola para cambiar el régimen jurídico de un bien; es necesaria una declaración previa. Sin embargo, una declaración previa sin un posterior hecho que revele tal condición es insuficiente para consolidar el cambio de régimen jurídico para poder considerarlo como demanial. Expresamente, este autor refiere como hechos o actitudes de la Administración que surten el efecto de la afectación: “las cosas incorporadas a un museo

⁴⁷ Si el acto emanado de la autoridad provincial se limitó a una mera declaración de voluntad que nunca se tradujo en la ocupación del inmueble por la policía provincial, no procede considerarlo como un bien del dominio público por falta de una consagración real y efectiva al uso o servicio público, aun cuando hubiera existido una anterior afectación formal a dicho uso o servicio. Estado Nacional (Ministerio del Interior) Prefectura Naval Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ usucapión. Del 27/09/2005. Fallos: 328:3590. Ídem Fallos: 242:168.

⁴⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, t. I, p. 333.

⁴⁹ MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, p. 680.

⁵⁰ MARIENHOFF, Miguel, *op. cit.*, p. 183.

público [en tanto] adquieren condición demanial al ser puestas en situación de que el público las contemple o admire”, lo cual constituye una cuestión de hecho.

Por lo expuesto, consideramos que la sola existencia de una universalidad pública no es condición suficiente para considerar a una obra incluida en aquella como un bien demanial. En efecto, la forma usual de afectar un bien al dominio público es por ley, en la medida en que se trate de cosas naturales, pero las artificiales, o sea, las creadas por el hombre, podrán ser afectadas por ley o por acto administrativo, siendo competencia tanto del Estado Nacional como de las provincias, los municipios y/o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sin embargo, como ha quedado expresado, si bien se ha afirmado que la afectación también puede ser realizada por un hecho de la Administración, consideramos que siempre debe haber existido un acto administrativo antecedente ⁵¹.

Lo que ocurre es que, al tratarse de bienes artificiales, el codificador no ha regulado el procedimiento de afectación, por lo que podría sostenerse, a falta de clarificación por parte del legislador, que un hecho jurídico emanado de la Administración, inclusive uno de carácter tácito, sería idóneo a tal fin. Esos hechos pueden ser de diversa índole: desde actitudes asumidas por la Administración hasta un uso público continuado consentido por ella. Sin embargo, consideramos que esta postura es insuficiente y conlleva riesgos que sería conveniente descartar.

Villegas Basavilbaso fue un poco más estricto, pues consideró que el carácter público de las cosas incorporadas al museo se encuentra establecido no por su exhibición sino por su incorporación al registro de aquel, aunque va de suyo que para que esta afectación pueda ser realizada es necesario que la cosa mueble se encuentre en poder del Estado por un justo título y que se haya ordenado, previamente, su incorporación al registro y/o inventario. De esta manera, y conforme al Código Civil y Comercial, podríamos extraer dos elementos determinantes: la titularidad y la finalidad a la cual se las destina. No importa para esto que el uso sea directo o indirecto. Desde el momento en que son parte de esta finalidad, cambia su régimen jurídico. Es suficiente que sean usadas o gozadas. Así, Villegas Basavilbaso se pregunta: “Por ejemplo, ¿en qué momento reviste la condición jurídica de pública una cosa donada a un museo público histórico o artístico? La aceptación por parte del órgano administrativo competente no modifica su condición jurídica de privada; es necesario incorporarla al servicio. Desde el momento en que la autoridad administrativa dispone su registro en el inventario del museo, la cosa donada se convierte en pública. No es indispensable a este efecto su exhibición inmediata, o su retiro de las salas de la institución por motivos de administración interna. La exhibición no es lo que confiere el carácter de pública, sino su registro” ⁵².

⁵¹ La afectación de un bien al dominio público requiere, además de la norma que la imponga, su consagración efectiva al uso o servicio general o común, debiendo, asimismo, ser susceptible de tal uso o servicio. Son insuficientes, para consumar la afectación, las nudas declaraciones legales. Provincia de Misiones c/ Nación. 1965. Fallos: 263:437.

⁵² VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *op. cit.*, pp. 316/7.

Pero ello significa que ha existido no solo un acto previo antecedente sino un hecho que determina que el bien se encuentra en el museo a tales efectos. Por ello, somos de la tesitura de que para los bienes públicos artificiales, sean estos inmuebles, muebles, inmuebles por accesión o servidumbres administrativas, es preciso, en cada caso, una declaración de voluntad de la Administración. Desde que los bienes son “creaciones” dispuestas o autorizadas por la ley, es al órgano ejecutivo a quien le corresponde la pertinente declaración de afectarlos o consagrarlos al uso público. Esa declaración puede revestir formas más o menos solemnes, pero es siempre una decisión especial de una autoridad administrativa relacionada con derechos y deberes de su propia actividad.

De acuerdo con las precedentes consideraciones, puede decirse que la naturaleza jurídica de la afectación o consagración es la correspondiente a la de los actos legislativos o administrativos, según se trate de bienes públicos naturales o artificiales, respectivamente. A esta altura, y para abonar la tesis de que es necesario un acto formal y expreso para incorporar una obra de arte (o de interés artístico, para no entrar en encasillamientos), y basándonos en la observación de Vélez Sarsfield sobre la pintura o el lienzo, no todos los bienes existentes en un museo público tienen el mismo régimen jurídico y, por tanto, no todos se encuentran sujetos a la demanialidad.

La falencia del codificador en reparar este aspecto no permite responder asertivamente qué parte de una obra integra la universalidad jurídica, por lo que planteamos que la afectación de un bien integrante de un museo público a lo demanial se debe encuadrar desde un plano formal y requerir una declaración de voluntad de la Administración que permita, sin lugar a dudas, considerar un bien como formando parte del dominio público.

CONCLUSIONES

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación no ha innovado en el régimen jurídico de los bienes que se encuentran en el dominio público. No se ha aclarado el procedimiento de afectación y desafectación de un bien, por lo que nos encontramos ante la labor interpretativa de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la doctrina.

La problemática se presenta en los bienes artificiales, en tanto la doctrina no ha sido uniforme al considerar cuándo los bienes adquiridos por el Estado forman parte de uno u otro régimen jurídico.

Los bienes que conforman el acervo de un museo público no se encuentran regulados por una normativa expresa, por lo que sería conveniente el dictado de una regulación específica que permita configurar su régimen jurídico, ya que ello permitiría preservar el patrimonio cultural en este aspecto y deslindar qué es lo principal y qué es lo accesorio, que no integraría esta categoría.

Para la afectación de un bien artificial y, específicamente, una obra de interés artístico, para que pueda ser considerada demanial, es necesario que una ley o un

acto administrativo así lo disponga, y sostenemos que un hecho expreso o tácito no puede ser condición suficiente por sí solo para ello. Sin embargo, coincidimos con el criterio jurisprudencial en cuanto un hecho claro e inequívoco puede ser invocado para desafectarlo del dominio público cuando demuestre que no forma parte de la utilidad o comodidad común.

BIBLIOGRAFÍA

- BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1956, t. III.
- BORDA, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Parte general*, 18ª ed. actualizada, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1996.
- BROWN, Ellsworth H., “Los museos hoy”, en *Lo público y lo privado en la gestión de museos*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1999.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, Ed. La Ley, 2011, ts. I y II.
- CASTELLO, Hugo P., “La historia del Museo Público de Buenos Aires (1812-1884)”, *Manzana de las Luces. Crónicas de su Historia*, nro. 11, 2014, disponible en https://www.academia.edu/7313738/Historia_del_Museo_P%C3%ABblico_de_Buenos_Aires_1812_1884?auto=download, consultado el 02/09/2021.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Patrimonio cultural, desamparo de los propietarios: un caso paradigmático en Argentina”, en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, Madrid, Ed. INAP, 2017.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014.
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 1998, t. V.
- RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2014, t. I.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1952, t. IV.

FALLOS RELEVANTES

- CS, 10/08/2017, “Administración de Parques Nacionales c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 340:991.
- CS, 19/12/2000, “Administración de Parques Nacionales c. Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa”, Fallos: 323:4046.

- CS, 1926, “Alió, Enrique por la Provincia de Buenos Aires c. Luro de Mezquita, Matilde”, Fallos: 147:154.
- CS, 1926, “Alió, Enrique por la Provincia de Buenos Aires c. Mar del Plata Golf Club”, Fallos: 146:304.
- CS, 1926, “Alió, Enrique por la Provincia de Buenos Aires c. Riglos de Alzaga, Josefina”, Fallos: 147:178.
- CS, 1926, “Banco de Córdoba apelando una resolución de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios”, Fallos: 147:239.
- CS, 05/09/2002, “Bergadá Mujica, Héctor c. Río Negro, Provincia de s/ reivindicación de inmueble”, Fallos: 325:2223.
- CS, 30/10/2018, “Carranza, Amanda Marta c. Ferrocarriles Argentinos - Estado Nacional - ADIF SE s/ acciones reales reivindicatoria - confesoria - posesoria”, Fallos: 341:1408.
- CS, 18/11/1999, “Cena, Juan Manuel c. Provincia de Santa Fe”, Fallos: 322:2817.
- CS, 1938, “Dir. Nac. de Vialidad c. Inmobiliaria Ítalo Argentina SA”, Fallos: 182:375.
- CS, 27/03/2018, “Ejército Argentino c. Tucumán, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 341:289.
- CS, 10/06/2008, “Entre Ríos, Provincia de c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 331:1412.
- CS, 17/12/2019, “Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c. Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 342:2256.
- CS, 27/09/2005, “Estado Nacional (Ministerio del Interior) - Prefectura Naval Argentina c. Buenos Aires, Provincia de s/ usucapión”, Fallos: 328:3590.
- CS, 1942, “Lanusse, Pedro y Antonio SA c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 194:210 (2ª ed., 194:142).
- CS, 1958, “Nación c. Banco de Italia y Río de la Plata”, Fallos: 242:168.
- CS, 1982, “Provincia de Buenos Aires c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, Fallos: 304:1186.
- CS, 1965, “Provincia de Misiones c. Nación”, Fallos: 263:437.
- CS, 30/07/2020, “Recurso Queja N.º 1 - Estado Nacional c. Rivas, Osvaldo y otros s/ varios”, Fallos: 343:648.
- CS, 18/09/2012, “Vila, Alfredo Luis c. Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ usucapión”, Fallos: 335:1822.
- CS, 27/08/2013, “Zorrilla, Susana y otros c. EN - PEN s/ expropiación servidumbre administrativa”, Fallos: 336:1390.

Recepción: 14/09/2021

Aceptación: 19/10/2021

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

SALVADOR BERGEL Y SANDRA NEGRO (DIRS.), *PROPIEDAD INTELLECTUAL. PRESENTE Y FUTURO. HOMENAJE AL PROFESOR CARLOS MARÍA CORREA*, EDIAR, 1ª ED., 2019, ISBN 978-9974-745-70-4

Por CARLOS MARIANO LISZCZYNSKI *

Dirigido por Salvador Bergel y Sandra Negro, y pensado en homenaje al profesor Carlos María Correa, los 22 estudios del libro superan este aspecto y ofrecen una mirada aguda sobre la complejidad que presenta la propiedad intelectual.

Los autores se esmeran por clarificar el entramado de este derecho cuyas derivaciones desbordan las fronteras nacionales, pero cuya regulación se encuentra mayormente en cabeza de cada Estado, dificultándose de tal modo la pretendida protección de este bien jurídico. Observan cómo en pos de brindar esta tutela, pero por exceso de celo o por desnaturalización conceptual se puede llegar a obstaculizar el avance científico y tecnológico y el desarrollo de áreas del conocimiento; o directamente frenar la elaboración de un tipo de producto y paralizar o encarecer el desenvolvimiento de una actividad comercial.

En esta búsqueda cobra relieve la necesidad de una regulación mancomunada, a nivel internacional o regional, que establezca reglas de cumplimiento efectivo protectoras tanto de los creadores de una idea (marcas, patentes, derechos de autor, etc.) como de los fabricantes de un producto (identificación geográfica, productos regionales, etc.) sin obstruir el progreso del conocimiento y la promoción del desarrollo económico, y capaces de permitir la circulación de saberes y capacidades (plano abstracto/no tangible) y la aplicación práctica de estos (plano concreto/tangible). Asimismo, se enfatiza la interrelación y la necesidad de tutela de sendos planos, pero sin que predomine uno sobre otro, y ninguno dependa de contingencias normativas dispares.

Los estudios, escritos en castellano, francés y portugués, dan cuenta de cómo un derecho pensado para incentivar el progreso técnico, económico y social a través de un sistema de concesión de patentes cuya intención es pro-

* Profesor Adjunto Regular de Derecho de la Integración y de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho —UBA—, Doctor en Derecho Constitucional (UBA) y Magister en Abogacía del Estado (ECAE/PTN).

teger secretos comerciales e industriales para resguardar invenciones útiles y novedosas surgidas de un esfuerzo creativo e innovador, brindando a su titular una ventaja competitiva por otorgarle una autorización exclusiva de uso, puede derivar en un instrumento de dominación económica o de parálisis científica y generar un efecto contrario al perseguido. No obstante, con criterio didáctico, bregan por encontrar un punto de equilibrio capaz de desarticular estas tensiones, protegiendo al creador/autor de algo novedoso sin desmedro del desarrollo científico, del crecimiento económico ni de la circulación de la información a estos efectos.

Los variados estudios exponen ciertas tensiones, como las existentes entre el acceso a la salud pública y la industria farmacéutica, la seguridad alimentaria y las innovaciones fitogenéticas, la actividad económica de un país o una región y la denominación de origen controlada (o indicadores geográficos), o en lo concerniente a genética y ciencia. Paralelamente, con una visión de conjunto, promueven el establecimiento de reglas en lo posible uniformes para superar esta tirantez, concordando en que un punto de conexión podría ser el que en cierta manera existe hoy día: un régimen de propiedad intelectual regulado principalmente por las legislaciones nacionales, pero con contenidos establecidos en instrumentos internacionales que puedan ser complementados por los Estados, manteniendo la base común.

La complejidad del tema se encuentra así tratada en sus diversos aspectos y desde perspectivas variadas, dando a la obra un pertinente equilibrio y tenor académico.

THE YALE LAW JOURNAL - ART LAW, VOL. 130, N.º 8, ED. YALE
UNIVERSITY, JUNIO DE 2021

Por FLORENCIA SINGLA *

La revista cuya recensión ofrezco en esta oportunidad es *The Yale Law Journal*, fundada en el año 1891 por un grupo de estudiantes y cuya dirección se encuentra a cargo de nueve editores, dentro de los cuales encontramos alumnos de la Universidad de Yale.

En el año 1891 siete estudiantes de la Universidad de Yale decidieron crear este diario, siendo en aquel momento la tercera revista administrada por alumnos que se encontraba en funcionamiento y que publicaba seis veces al año sus ediciones. Hoy en día, *The Yale Law Journal* es una de las revistas más antiguas y consultadas por reconocidos doctrinarios y docentes.

Recién en el año 2005 se convirtió en la primera revista legal de publicación online, incluyendo un amplio espacio de debate e intercambio académico y profesional de opiniones legales.

Sus destacadas publicaciones analizan diversas temáticas —dentro de las cuales encontramos arte, entretenimiento, deportes, propiedad intelectual, comunicaciones, medicina, entre otras— abordadas desde los puntos legales. A través de los artículos, los autores proponen espacios de debate y reflexiones acerca de la vinculación entre dichas temáticas y los problemas más relevantes que suscitan en el ámbito del derecho, logrando captar desde estudiantes, abogados y hasta jueces en ejercicio de sus funciones.

Con respecto al proceso de selección de sus editores, la revista realiza un proceso de admisión que incluye una evaluación acerca de las habilidades de escritura así como el desempeño académico de los estudiantes en la Universidad. Asimismo, el proceso incluye la presentación de un *paper* de manera anónima, los cuales son examinados por un grupo de jueces y seleccionados de acuerdo con los más destacados. Una vez electos los mejores trabajos, se procede a la selección de los futuros escritores de acuerdo con todas las características en su conjunto.

Por otra parte, y con relación al proceso de edición de la revista, este es muy minucioso. Así, una vez presentados los artículos que serán objeto de pu-

* Docente de la Facultad de Derecho —UBA—.

blicación en el siguiente número, los editores sugieren diversos cambios en cuanto a las estructuras y el fondo de aquellos, a los fines de que la revista contenga uniformidad en cuanto a su estilo, esencia y edición.

La última publicación de la revista fue su volumen 130, n.º 8, que ofrece cinco artículos: “Antitrust and Platform Monopoly” (por Herbert Hovenkamp), “(Re)Framing Race in Civil Rights Lawyering” (por Angela Onwuachi-Willig y Anthony V. Alfieri), “Congressional Influence on Military Justice” (por Max Jesse Goldberg), “Dismantling the Master’s House: Reparations on the American Plantation” (por Jordan Brewington) y “Divide and Conquer? Lessons on Cooperative Federalism from a Decade of Mental Health Parity Enforcement” (por Caroline V. Lawrence y Blake N. Shultz). A continuación, procederé a realizar una síntesis de cada uno de ellos.

El primero de ellos —“Antitrust and Platform Monopoly”— aborda una temática sumamente actual e interesante desde la mirada del derecho, esta es, las plataformas virtuales y la intervención administrativa que debe existir por parte de los Estados a los fines de garantizar la competencia en dicho mercado. En ese sentido, el autor afirma que las políticas adoptadas por los gobiernos deberían ser lo menos intervencionistas posibles a los fines de garantizar mayor libertad a los consumidores, proveedores y otros grupos que suelen verse directamente afectados por este tipo de reglamentaciones. Finalmente, acaba por brindar dos tipos de soluciones tendientes a remediar las prácticas anticompetitivas que se observan en este tipo de mercados.

El autor Herbert Hovenkamp es profesor de la Universidad James G. Dinnan en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pensilvania y la Escuela Wharton de la Universidad de Pensilvania. Asimismo, es reconocido como un experto en la materia de Defensa de la Competencia (*antitrust law*). Aquel es conocido como “el académico antimonopolio más influyente de nuestra generación” y el *New York Times* informó que muchos lo consideran “el decano de la ley antimonopolio estadounidense”.

Por su parte, el segundo artículo —“(Re)Framing Race in Civil Rights Lawyering”— versa sobre una temática distinta al primero, enfocando su análisis en los Derechos Civiles y el fenómeno del racismo. A lo largo de sus páginas, se realiza un distinguido análisis del racismo en el sistema legal de la nación estadounidense, puntualizando qué aspectos de la abogacía deberían ser revisados, especialmente en el trabajo diario de abogados, fiscales y defensores públicos de derechos civiles y personas que carecen de recursos.

Aquel fue redactado en coautoría por Angela Onwuachi-Willig, quien es decana y profesora de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston y experta en teoría crítica de la raza, discriminación laboral y derecho de familia, y Anthony V. Alfieri, profesor de Derecho y académico distinguido, director del Centro de Ética y Servicio Público y Fundador del “Programa Histórico de la Iglesia Negra y Clínica de Justicia Ambiental”.

En tercer lugar, podemos observar el artículo titulado “Congressional Influence on Military Justice”, cuya temática también difiere de las anteriores. Así, el autor —doctor en Derecho de la Universidad de Yale— explora acerca de los triunfos y las fallas de la relación entre el Congreso y la justicia militar, para concluir con la idea de que el Congreso ha ido alterando a lo largo de los años la estructura y función de dicha justicia. Concluye así con distintas propuestas de reformas legislativas tendientes a generar un equilibrio entre la intervención que debe tener el Congreso en estos asuntos y la preservación de la integridad del sistema.

El cuarto artículo —“Dismantling the Master’s House: Reparations on the American Plantation”— aborda el tema de las plantaciones existentes en el suroeste de Luisiana y los problemas legales que aquellas implican. La autora propone un marco normativo para las reparaciones locales que se requieren como consecuencia de dichas plantaciones y explora asimismo el uso del dominio para dividir las propiedades de los actuales dueños de dichas plantaciones.

Por último, nos encontramos con un artículo —“Divide and Conquer? Lessons on Cooperative Federalism from a Decade of Mental Health Parity Enforcement”— abordado por dos médicas de la Universidad de Yale y estudiantes de la carrera de Abogacía, cuyo objetivo es realizar un análisis del derecho desde una perspectiva médica, observando la imperiosa necesidad de contar con Estados presentes en áreas tan delicadas como lo es la salud mental de sus habitantes.

De las breves reseñas efectuadas precedentemente es posible advertir que *The Yale Law Journal* ofrece a sus lectores un extenso catálogo de temas, dentro de los cuales observamos —en este número— medicina, racismo, tecnologías y mercado.

En conclusión, esta excelente revista se conforma por una amplia variedad de artículos, cuyos temas son de especial relevancia y todos se encuentran abordados desde un enfoque legal. Será cuestión del lector elegir la temática cuya lectura pretende, pero no existen dudas de que en *The Yale Law Journal* podrán encontrarse muchos —por no decir todos— los aspectos de la vida cotidiana en los que interfiere el derecho.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1) La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2) Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

- a) Se recomienda su publicación.
 - b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.
 - c) No se recomienda su publicación.
- 3) Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/ a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en marzo, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en septiembre del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.
2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.
3. Se sugiere incluir un mínimo de 5 y un máximo de 8 artículos en el número bajo su coordinación de los cuales uno, al menos, debe ser del extranjero.
4. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 12000, sin incluir la bibliografía.
5. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.
6. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.
7. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la

institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm., se empleará Times New Roman tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo *, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de “Por”, alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo * (o ** en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y **un listado de cinco palabras clave**. Los títulos “Resumen:” y “Palabras clave:” serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de éste el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espaciado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Éstas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

Libros

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Artículos de Revistas

MUÑOZ BRAVO, Tomás “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

Capítulos de libros

BOTHE, Michael. “The WHO Request”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Material de internet

ZEGVELD, Liesbeth. “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, disponible en <<http://www.cicr.org>> (consultado el 4-02-2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1 Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TITULO GENERAL (Mayúscula y centrado)

Por NOMBRE AUTOR

Resumen:

Palabras clave:

TITULO GENERAL EN INGLÉS (Mayúscula y centrado)

Abstract:

Keywords:

INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)

1. TITULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

1.1 Subtítulo (cursiva, sin sangría y en minúscula)

1.1.1 Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)

1.1.2 Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)

2. TITULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)

BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de estos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: rjba@derecho.uba.ar

GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarized with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

- 1) The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal's objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.

- 2) The selected articles will be sent —preserving the author's anonymity— to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
- b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.
- c) Recommendation of rejection.

3) The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise or modify the submitted text must comply with the time frame established by the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in March. The submission of articles to be published in the second issue will take place in September. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. It is suggested to include a minimum of 5 and a maximum of 8 articles in the number under your coordination of which one, at least, must be foreign.

4. Articles must have between 6,000 and 12,000 words, without including bibliography.

5. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

6. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

7. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centered.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol * after the title, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centered under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol * (or ** in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centered. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotations marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors, the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

Books

FOUCAULT, Michel. *Seguridad, territorio, población*, Paris, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Articles in Journals

MUÑOZ BRAVO, Tomás “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 119, México, UNAM, mayo-ago 2014, pp. 87-116.

Book Chapters

BOTHE, Michael. “The WHO Request”, in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Websites

ZEGVELD, Liesbeth. “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, available at <<http://www.cicr.org>> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (Capital letters and centered)

By NAME OF AUTHOR/S

Abstract:

Keywords:

TITLE IN SPANISH (Capital letters and centered)

Resumen:

Palabras clave:

INTRODUCTION (Capital letters and centered)

1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centered)

1.1 Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.1 Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.2 Heading (italics, no indentation, lower case letters)

2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centered)

CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centered)

BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centered)

PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publica-

tions of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us: dpublica@derecho.uba.ar