

SOBRE DERECHO, GUSTOS Y COLORES

Ximena Benavides Reverditto*
Ex miembro de THEMIS

El derecho es el encargado de regular las interacciones humanas, el arte es una actividad humana con una alta carga subjetiva y por ello es difícil poder regularla o establecer sus límites. Pareciera que arte y derecho no necesariamente interactúan o que el Derecho se interesa por el arte pero el arte podría querer estar alejado del Derecho.

En el siguiente artículo, la autora se encarga de analizar cuál es la relación entre estas dos disciplinas y cuánto puede aportar lo normativo a lo subjetivo. ¿Será el Derecho el encargado de establecer las pautas? ¿Cuál es la relación entre el arte y el Derecho?

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Asociada del Estudio Grau Abogados. Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace algún tiempo pensaba que el arte vivía (o podía vivir) aislado del Derecho¹. Podría creerse pretencioso que el Derecho intente regular el lado artístico del ser humano. ¿Se puede ordenar la libre expresión del creador así como la libre interpretación del observador de arte? ¿Cuál es el punto de contacto entre el arte y el Derecho?

El arte se percibe como una creación humana donde las apreciaciones pueden considerarse críticas injustas por su alta carga subjetiva; ¿qué podría aportar un sistema normativo a un objeto ausente de descripción o categorización? Hace algunos meses, una entrevista a un pintor peruano en una revista local me permitió pensar que antes que el Derecho querer alcanzar y comprender al arte, el arte mismo podría querer estar alejado del Derecho, y de la sociedad incluso, como si fuese la forma de mantener prístina la inspiración.

En este ensayo intentamos pensar alto y elaborar –sin pretensión ni ambición– una relación entre el arte y el Derecho.

¿Y qué es Arte?

El arte comunica imaginación y ofrece sensaciones. Una forma de apreciar el arte entre varias, por cierto. Porque el arte está expuesto a toda clase de opiniones que pueden abarcar desde las halagadoras hasta las intransigentes.

El escritor peruano Mario Vargas Llosa, Premio Nobel de Literatura 2010, comentó hace algún tiempo atrás, en su polémico artículo titulado *Caca de elefante*, la exposición Sensación que presentó la Royal Academy of the Arts, en su galería de Mayfair, en Londres (Inglaterra), refiriéndose a ella como un escándalo artístico de jóvenes pintores y escultores británicos². Caca de elefante solidificada, la Virgen María rodeada de fotos pornográficas, esculturas que incluían restos de feto, retrato de una infanticida compuesto mediante la impostación de manos pueriles; eran algunas de las obras que robaron su atención como expresión del arte contemporáneo. Vargas Llosa advirtió “que algo andaba podrido en el mundo del arte hace exactamente treinta y siete años” cuando un amigo suyo escultor cubano produjo esculturas de carne podrida, encerradas en cajas de vidrio, y con moscas revoloteando cuyo zumbido resonaba en toda la sala de la exposición mediante parlantes; ante la negativa de galerías de recibir sus esculturas hechas en madera. El camino

más seguro hacia el éxito, en materia de arte, era llamar la atención.

“La más inesperada y truculenta consecuencia de la evolución del arte moderno y la miríada de experimentos que lo nutren es que ya no existe criterio objetivo alguno que permita calificar o descalificar una obra de arte, ni situarla dentro de una jerarquía (...). En la actualidad todo puede ser arte y nada lo es, según el soberano capricho de los espectadores, elevados, en razón del naufragio de todos los patrones estéticos, al nivel de árbitros y jueces que antaño detentaban sólo ciertos críticos. El único criterio más o menos generalizado para las obras de arte en la actualidad no tiene nada de artístico; es el impuesto por un mercado intervenido y manipulado por mafias de galeristas y *marchands* y que de ninguna manera revela gustos y sensibilidades estéticas, sólo operaciones publicitarias, de relaciones públicas y en muchos casos simples atracos” (Mario Vargas Llosa, *Caca de elefante*).

Y le siguió su apreciación por la Bienal de Venecia, que contribuyó a resumir el espectáculo del arte titulado moderno donde, aunque con excepciones, se documentaría la terrible orfandad de ideas, de cultura artística, de destreza artesanal, de autenticidad e integridad que caracterizaría a buena parte del quehacer plástico contemporáneo. Vargas Llosa critica la pérdida de códigos estéticos y criterios coherentes que, a diferencia de la literatura, dice ha perdido el arte, y que de no haber perecido permitirían identificar la originalidad, la novedad y el talento de los creadores de arte.

A diferencia de muchas creaciones humanas, el arte aparece impregnado de una alta carga subjetiva que permitiría que una manifestación artística atrevida sea exculpada o justificada. ¿Necesitará el arte poco más que los límites impuestos por los mismos espectadores? ¿Será el Derecho el canal apropiado para establecer límites? Los límites del arte se van expandiendo con el paso del tiempo. Esto implica cambios en las tendencias y variaciones en los gustos. Representar en las obras a mujeres u hombres desnudos suscitó revuelo alguna vez en su época; sin embargo, hoy se admiran las manifestaciones del Renacimiento por su naturaleza innovadora.

¿Puede el Derecho regular tendencias y gustos? ¿Podría el Derecho, por ejemplo, impedir que ciertas obras contemporáneas se exhiban y comercialicen? ¿O es que acaso, por encontrarse

¹ Entendamos por Derecho a aquel conjunto de normas que definen la interacción en una sociedad.

² VARGAS, Mario. “Caca de elefante”. En: *Caretas* 1484. 1997.

en el mundo de las ideas y gustos, el arte estaría más allá del Derecho?

II. VÍNCULO ENTRE ARTE Y DERECHO

Niklas Luhmann estudió derecho en Friburgo luego de ser liberado por los aliados en la Segunda Guerra Mundial. Diez años más tarde, estudió sociología política en Harvard y Münster. Al estudiar sociología, fue alumno de Parsons, en ese momento la más influyente figura del pensamiento sociológico en Occidente, quien ejerció una gran influencia en su forma de pensar. Hacia 1964, Luhmann publica su primera obra dedicada a analizar problemas sociológicos a partir del uso de la teoría de sistemas: describir y explicar la sociedad y su funcionamiento como un complejo sistema de comunicaciones. Luhmann escribió prolíficamente, con más de tres docenas de libros publicados sobre una variedad de temas, incluyendo leyes, economía, política, la religión, ecología, medios de comunicación, el amor y el arte. Y fue polémico en la sociología, por su conservacionismo político y por ser considerado con una teoría sumamente abstracta. Antes de morir en 1998, recibió el premio europeo Amalfi de sociología y ciencias sociales.

¿Qué tiene que ver Luhmann con el Derecho y el arte?

Luhmann describe el arte y el Derecho como dos sistemas con diferentes modelos conductuales. Mientras el arte tendría un placer narcisista en su auto-referencia, el Derecho estaría encadenado a su rol misionario de instrumento social de justicia y consideraría una insinuación de auto-referencia como una ofensa³.

La teoría de Luhmann gira en torno al concepto de sistemas sociales autopoieticos, donde cada sistema social tiene una comunicación propia, y cada comunicación se mantiene en una continua producción y desarrollo⁴. Por comunicación, Luhmann no se refiere al intercambio de información: los hombres no comunican, *sólo la comunicación comunica*. Un sistema produce comunicación a partir de su propia comunicación, y ésta puede darse sólo a través de su propio medio simbólico y respondiendo a sus propios códigos. Describir los sistemas sociales como autopoieticos implica la auto-referencia a los elementos y componentes

de cada sistema, que además son elementos contruidos por el propio medio de comunicación, y que resultarán diferentes de los de cualquier otro sistema. Por ejemplo, el sistema económico opera con el medio dinero, el sistema judicial con justicia, la política con poder, etc. El arte y el Derecho no son la excepción: son sistemas sociales con comunicación propia que emana del mismo sistema y se diferencia de cualquier otro⁵.

Cada uno de los sistemas, con sus códigos propios, concluye en autodeterminaciones y auto-referencias, que deberán ponerse frente a frente si se quiere intentar establecer una relación entre ambas. ¿Qué resulta de poner estos espejos frente a frente? Encontrar alguna relación entre arte y Derecho: la naturaleza de auto-referencia.

La relación entre arte y Derecho es caracterizada por algunos según el cuento de "La Bella y la Bestia", donde la Bestia (el Derecho) es percibido por cómo él se ve a sí mismo y por como los demás personajes del cuento lo aprecian, mientras que Bella (el arte) se opone a las expectativas y convierte a la Bestia en un príncipe⁶. El propósito de la comparación es mostrar que el Derecho se beneficia de una relación con el arte, y puede llegar a ser apreciado de forma distinta antes y después de su interacción con (y quizás hasta transformación por) el arte¹.

Parecería criticable una comparación en donde la Bestia (el Derecho) es quien mira a Bella (el arte) para aprender de ella, y no así a la inversa. Pero por lo que entiendo, el mensaje en realidad buscaría ser otro: sugerir formas alternativas de interpretar a la Bestia (el Derecho) antes que inducir a Bella (el arte) a entender como algo sistémico las cualidades del Derecho. ¿Podría pedírsele al arte que observe más de lo que ve en el espejo (su propio reflejo), y que observe especialmente al Derecho? ¿Cuál sería la finalidad de exigirselo?

A pesar de lo diferentes y autónomos que ambos sistemas puedan ser, sus comunicaciones serán mitigadas por la apreciación de sus observadores. Cuando un observador compare ambos sistemas, deberá observar primero la forma en que cada sistema se autodescribe. En cuanto al arte, este sistema se describe como uno flexible, con menor énfasis en los límites y mayor énfasis en actos que sobrepasen los límites en cuanto a comunicación

³ PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. "Beauty and the Beast: art and law in the Hall of the mirrors". En: Entertainment Law 2. 2003. p.1.

⁴ Ver Niklas Luhmann, Teoría de la sociedad (1993), La ciencia de la sociedad (1996), Introducción a la teoría de los sistemas (1996), Organización y decisión, autopoiesis y entendimiento comunicativo (1997).

⁵ LUHMANN, Niklas. "El arte de la sociedad". Ciudad de México: Herder-Universidad Iberoamericana. 2005. p. 512.

⁶ PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Op. cit. p. 34.

¹ Ver imagen 1 al final del artículo.

y percepción, resistente a la interpretación y al uso de canales usuales de comunicación⁷.

“El arte no expresa nunca más que a sí mismo. Tiene una vida independiente, como el pensamiento, y se desarrolla puramente en un sentido que le es peculiar. No es necesariamente realista en una época de realismo, ni espiritualista en una época de fe. Lejos de ser creación de su tiempo, está generalmente en oposición directa con él, y la única historia que nos ofrece es la de su propio progreso. A veces vuelve sobre sus pasos y rescuita alguna forma antigua, como sucedió en el movimiento arcaico del último arte griego y en el movimiento prerrafaelista contemporáneo. Otras veces se adelanta en absoluto a su época y produce una obra que otro siglo posterior comprenderá y apreciará” (Oscar Wilde, *La decadencia de la mentira*).

El Derecho, en cambio, se percibe inflexible, engorroso y resistente al cambio. Se parece a la Bestia que quiere evolucionar, pero que cualquier intento por lograrlo desde sí mismo parece una confrontación, y prefiere mantenerse aislado en el castillo (como apartado de otros sistemas).

Probablemente lo que se pretende es modificar la tradicional percepción del Derecho a través de la mirada de otros sistemas, incluyendo el arte. El cuento aporta esta lectura. Es la historia de la observación, aproximación y, finalmente, la convergencia entre dos héroes. Sin embargo, la Bestia jamás llegará a ser Bella, tal como Bella jamás llegará a ser la Bestia. ¿Puede el Derecho, por acercamiento al arte, ser bello? La evolución de la Bestia es posible a Bella, y es dentro de los límites de Bella, a través de la mirada de Bella, que la Bestia logra auto-describirse distinto: no quiere ser temido, aislado y seguro en un castillo, actuando como una bestia ante los ojos de todos los espectadores. Sólo siguiendo a Bella la Bestia logra superar las apreciaciones y expectativas de sus espectadores y aquellas que él mismo tiene de sí. Sin embargo, sólo logrará acercarse a Bella, no ser Bella. Si el arte monopoliza la belleza, la belleza reposará en el arte, y no en el Derecho. Si el arte es flexible, ¿podrá Bella llegar a ser aún más bella? No. El arte caracteriza la belleza como una representación proyectada a su interior. Cambia, evoluciona, o se mantiene en silencio; pero se mantiene bella porque ella misma encierra el

mensaje de qué es bello y le da contenido⁸.

III. LA INEXISTENCIA DE UN VÍNCULO

Fuera de una relación de auto-referencia, se sostiene que el arte y el Derecho no tienen nada en común, que son dos héroes que no tienen forma de conocerse, aislados en su propia torre, en tanto cada uno tiene un proceso de creación distinto⁹.

A pesar de las similitudes, básicamente, el arte y el Derecho se mantienen incompatibles en tres aspectos fundamentales: (i) el proceso de creación, (ii) la creación misma, y; (iii) la motivación detrás del Derecho y el arte.

El proceso creativo del Derecho es antagónico al del arte. La racionalidad y lógica del Derecho, la finalidad de buscar certeza a eventos futuros inciertos, destruirían la creación del arte e irían en contra de la naturaleza del artista y su proceso de creación. Y esto no quiere decir que los abogados no sean o puedan ser conocedores de arte, pero cuando se trata del proceso de creación del Derecho y la redacción de cláusulas, probablemente se olviden de vivir como creativos artistas.

Finalmente, las diferencias entre arte y Derecho reposan en los ojos de los observadores y en la interpretación de quienes aprecien el arte.

IV. ¿CÓMO INFLUYE EL ARTE EN EL DERECHO?

El Derecho contempla al arte, lo que le permite evolucionar y dejarse describir por el arte. Y el mismo proceso permite al Derecho describir que es arte. Esto es posible a la relación de auto-referencia entre el Derecho y el arte.

La historia del arte está llena de ejemplos de artistas que quiebran convenciones, se atreven por nuevas expresiones, redefinen el significado del arte, e incluso podrían provocar una revolución en su apreciación por la sociedad. Sin ir muy lejos, las críticas de Mario Vargas Llosa a las expresiones del arte contemporáneo son una reacción frente a las nuevas expresiones y a este impulso por el que los artistas llevan el arte hacia direcciones nuevas y no exploradas. ¿Cómo responde el Derecho ante estas

⁷ *Ibid.* pp. 20-21.

⁸ GOODRICH, Peter. “Languages of law: from logics of memory to nomadic masks”. London: Weidenfeld and Nicolson. 1990. p. 179; PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. “Beauty and the Beast: Art and Law in the Hall of the Mirrors”. En: *Entertainment Law* 2. 2003. pp. 28-29.

⁹ DUONG, Wendy. “Law is law and art is art and shall the two ever meet? Law and literature: the comparative creative processes”. En: *Southern California Interdisciplinary Law Journal*. 2010. pp. 2005-2006. Su análisis se centra en la relación de Derecho y arte literario o literatura. No obstante, lo consideramos un análisis con argumentos suficientes para ser aplicado a cualquier expresión artística.

nuevas formas de arte a veces percibidas como transgresores de espacios, lugares y tiempos, para apropiarse de signos artísticos y reinterpretarlos?

El uso de nuevas tecnologías por el arte contemporáneo puede resultar invasivo y desafiante respecto a las ideas convencionales de expresión artística. Aquel arte que permite redefinir el uso de una banca de parque o se permite el uso de paredes en la vía pública para expresar arte, que se muestra como un arte sin límites ni limitaciones, es lo que se conoce como arte invasivo (*trespassory art*)¹⁰.

Las nuevas expresiones combinan ideas, obras; ajenas y pasadas. Sus artistas recuerdan a Andy Warhol y Jeff Koons. La obra de Warhol tomaba prestado y reinterpretaba símbolos populares de su era o anteriores, dándoles un nuevo significado como íconos *pop*. La obra de Koons, por su parte, se ha apropiado de imágenes de la cultura *pop*, de inspiración de otros artistas, y en extremos, en colisión con las normas de propiedad intelectual. Koons es uno de los artistas más cotizados de los Estados Unidos, recordado por casarse con la actriz Cicciolina en 1991, y demandado en repetidas oportunidades por violación a los derechos de autor no siempre obteniendo fallos a su favor. El fotógrafo Art Rogers demandó a Koons por su escultura que era un *remake* de una foto tomada por él. Koons perdió y le fue exigido terminar con su serie de esculturas y llegar a un arreglo económico significativo¹¹.

¿Deberá el Derecho hacer espacio a estas formas de arte invasivo? En el desarrollo del arte, el Derecho muta de forma tal que lo invasivo, por ejemplo, deje de serlo o de ser percibido como tal. ¿Hasta qué punto las nuevas expresiones del arte impactan en el Derecho redefiniéndolo y ajustándolo? ¿Se trata de mutar las reglas de derecho de autor o, en cambio, establecer privilegios y remedios que permitan un balance entre los intereses de los artistas y de los *dueños* de los obras artísticamente modificados?¹¹

Otra obra invasiva y controversial: The Gates. The Gates fue una obra de arte instalada por Christo y Jeanne-Claude en Central Park, en la ciudad de Nueva York. Los artistas instalaron 7,503 viniles de nylon de colores a lo largo de 37 kilómetros de vía.

La muestra fue propuesta en 1979, costo US\$21 millones de dólares y fue instalada en el 2005, del 12 al 27 de febrero.

Esta obra generó diversas reacciones. Algunas personas la amaron por alegrar el escenario natural de invierno; otros simplemente lo odiaron, lo profesaron de ridículo y lo acusaron de desmejorar el paisaje del parque. Algunos ciclistas lo consideraron inclusive como una obstrucción a la vía que podría causar accidentes, a pesar que la práctica de ciclismo no es permitida en las vías^{IV}.

¿La muestra The Gates habría cambiado el significado del parque? ¿Debió intervenir el Derecho? Cuando inicialmente se propuso en 1979, una de las objeciones fue que su instalación cambiaría el significado e importancia del Central Park. Para algunos neoyorquinos, Central Park es una obra de arte. Es "una expresión del arte, ingeniería y política de los Estados Unidos"¹². Representa un único e histórico escenario, con apariencia original del siglo XIX. Y el riesgo que representaba The Gates no era uno físico, sino abstracto. Una amenaza de cómo el Central Park es entendido, apreciado y percibido.

A pesar del interés porque la importancia del parque no fuera mutada, estaba el entendimiento de que los significados de las obras de arte cambian constantemente. Así, el arte permite que los significados sean creados, y el Derecho también debe permitir que los significados afloran.

Los postmodernistas usan la idea de diversidad de significados para criticar al Derecho, injustamente. Y el punto es que el significado de la obra descansa en el autor, a quien le tememos por la proliferación de significados. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido que nuevos significados de las obras de arte, como las parodias, deben ser protegidas. En oposición, el derecho a la integridad del artista le permite controlar los significados de sus obras.

La complejidad del derecho a la integridad se ve mejor en este ejemplo. Marcel Duchamp pinta un bigote en una réplica de la Mona Lisa. ¿Podría pensarse que el bigote atenta el derecho a la integridad de Da Vinci? Probablemente Duchamp sí modificó el significado de la Mona Lisa; con oposiciones, se puede argumentar que después

¹⁰ BEZANSON, Randall y Andrew FINKELMAN. "Trespassory art". University of Iowa Legal Studies Research Paper 09-17. University of Michigan Journal of Law Reform. 43:2. 2010. pp. 245-322.

¹¹ Ver imagen 2 al final del artículo.

¹¹ Ver imagen 3 al final del artículo.

¹¹ *Ibidem*.

^{IV} Ver imagen 4 al final del artículo.

¹² MERRYMAN, John y Edward ELSEN. "Law, ethics and the visual arts". Cuarta Edición. Londres: Kluwer Law International. 2002. pp. 657-658.

del bigote nadie apreciará igual que antes a esta obra de arte. Sin embargo, esto no significa que la obra de Da Vinci pueda ser controlada. Menos, que las obras de arte, tanto la Mona Lisa como The Gate, puedan ser un monopolio de significados¹³.

Si The Gate o una parodia de una obra de arte clásica cambia su significado, así será y la posibilidad de cambio deberá ser aceptada. El arte permite justamente eso, que los significados múltiples se desarrollen. Lo mismo le toca al derecho, evolucionar a la par.

V. EL INTERÉS DEL DERECHO POR EL ARTE

Arte y derecho se integran como una rama particular en los últimos años. La primera vez que las obras de arte y los objetos culturales fueron objeto de estudio del Derecho fue con la Convención de La Haya para la Protección de la Propiedad Cultural en Caso de Conflicto Armado, del 14 de mayo de 1954¹⁴. El primer y segundo protocolo surgen de la necesidad de mejorar la protección de los bienes culturales contra los efectos previsibles de un conflicto armado y de establecer un sistema reforzado de protección para bienes culturales especialmente designados.

En los Estados Unidos, en 1971 se ofrece por primera vez el curso Arte y Derecho (*Art & Law*) en la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford (California, Estados Unidos). Le siguieron seminarios y programas, y el interés por la sinergia entre ambas ramas fue creciendo entre los estudiantes de Derecho, muchos de ellos con conocimientos de arte, a medida que las actividades artísticas eran difundidas. Hacia 1980, Stephen Weil¹⁵ atribuía la popularidad de esta floreciente rama del Derecho a la interacción de los

diferentes agentes del arte que rodean a las obras de arte: el coleccionista, el artista, el subastador, el representante de artistas, el comerciante, el crítico, el arqueólogo, entre otros. Hoy, no solo se dictan cursos relacionados al Arte y Derecho, sino a la Moda y el Derecho (*Fashion & Law*) marcando un hito en esto último la Universidad de Fordham (Nueva York, Estados Unidos)¹⁶.

Y es que lo que parecen dos áreas dispares, toman importancia en conjunto en la medida que se incrementan las transacciones de arte, al margen de la inocuidad de las normas nacionales e internacionales; pero por sobretodo se reflexiona sobre la trascendencia del arte como legado cultural del ser humano. Por otro lado, y siguiendo a Luhmann, el Derecho puede verse a través del arte, y percibirse y ser percibido como un sistema bello. El Derecho se interesa por el arte, y en su búsqueda y mirada a través de, el Derecho hacia el arte será un área interdisciplinaria en intersección con la historia, la historia del arte, la antropología, la arqueología, la sociología, la economía y las relaciones internacionales, por mencionar algunas.

Nuestro entorno no es ajeno al impacto del arte. Hay abogados que sugieren invertir en arte antes que la Bolsa, y artistas que sugieren el desarrollo de un mercado de arte cada vez más activo donde las casas de subasta podrían tener futuro. "El arte, como una manifestación, como tantas otras, ha crecido en el Perú. Hay más galerías, un mayor mercado, pero igual hay una situación de carestía muy fuerte (...). No hay museos (...). La gente ya se compró la casa, el carro y ahora se están comprando los cuadros"¹⁷. ¿Será hora de mirar más arte y desarrollar su reflexión en el Derecho? A eso apuntamos. Éstas son sólo primeras ideas.

¹³ TREIGER, Leslie. "Christo's Gates and the meaning of art: lessons for the law". En: *European Intellectual Property Review* 389. 2005.

¹⁴ Segundo Protocolo de la Convención. La Haya, 26 de marzo de 1999.

¹⁵ WEIL, Stephen. "Introduction: some thoughts about art law". En: *Dickinson Law Review* 85. 1981. pp. 555-558.

¹⁶ En el 2010, la Facultad de Derecho de Fordham University abrió el Fashion Law Institute, el primer centro de Moda y Derecho en el mundo. El Instituto es dirigido por la profesora Susan Scafidi, pionera en la rama de Moda y Derecho, quien creó el primer curso en los Estados Unidos dentro de la Facultad de Derecho sobre este tema.

¹⁷ Entrevista al pintor peruano Ramiro Llona en el Diario Gestión por Raúl Castro. Abril 2011.