

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

23 de febrero de 2018

GRAFITEROS DE NUEVA YORK

Los diarios se sorprendieron de que un juez neoyorquino ordenara indemnizar a varios grafiteros. Aquí podría pasar lo mismo...

En 1892, la Thompson Meter Company, fabricante de medidores de consumo de agua, hizo construir un enorme complejo de doce edificios industriales de dos, tres y cinco pisos en más de una hectárea de terreno en Queens, en Nueva York. En 1971 Jerry Wolkoff lo compró y a partir de 1990 comenzó a alquilar allí espacios para artistas a muy bajo precio.

Con el correr del tiempo, y con permiso de Wolkoff —y bajo el férreo control de Jonathan Cohen, designado por aquél como “curador” del lugar— las paredes exteriores de los edificios se fueron cubriendo de expresiones de arte callejero (“*graffiti*” o dibujos y pinturas realizadas por jóvenes artistas usando aerosoles). Llegó a haber 11.000 obras superpuestas. El lugar adquirió fama; se lo consideraba “la meca del *graffiti*”. Cohen, un reconocido artista, impuso reglas muy severas para asegurar la calidad de las obras exhibidas.

En 2002 el complejo recibió oficialmente el nombre “5 Pointz”; el número hacía referencia a los cinco barrios que componen la ciudad de Nueva York.

Pero en 2010, Wolkoff decidió demoler el complejo para construir allí dos torres de

departamentos de 41 y 48 pisos, un estacionamiento y un parque público.

Cuando el proyecto y la demolición de lo existente fueron aprobados en 2013, veintiún artistas (incluyendo a Cohen) pidieron una medida cautelar ante la justicia federal de Nueva York.

El 13 de noviembre de 2013, luego de una audiencia, el tribunal anunció oralmente que aquella había sido denegada, y que en pocos días más daría a conocer la sentencia y su motivación. Pero el 19, sin esperar la decisión judicial, Wolkoff hizo cubrir los murales con pintura blanca.

El 20 el tribunal dio las razones para negar la cautelar, pero advirtió que la cuestión de fondo podría llegar a decidirse en contra del propietario del inmueble. “Este pleito —dijo el juez— marca la primera ocasión en la que un tribunal tiene que determinar si la obra al aire libre de un artista del aerosol, dada su efímera naturaleza, merece protección legal”.

La demolición comenzó en febrero de 2014 —en medio de protestas— y terminó en noviembre. Para añadir insulto a la injuria, Wolkoff decidió llamar “5 Pointz” al nuevo conjunto residencial.

Además del juicio iniciado en 2013, en abril de 2017 varios artistas más empezaron un nuevo pleito contra Wolkoff, con el argumento de que la destrucción de los *graffiti* era ilegal.

Desde hace ya muchos años la teoría jurídica sostiene que los artistas mantienen ciertos derechos sobre sus creaciones, aún cuando las hayan vendido, regalado o transferido a otras personas¹.

En casi todo el mundo (incluida la Argentina aunque no los Estados Unidos) esos derechos —a los que, no sin cierta vaguedad, se los denomina “derechos morales”— se encuentran protegidos por el artículo 6 (bis) de la Convención de Berna.

Este dice que “independientemente de los derechos patrimoniales de autor, y aun después de la cesión de dichos derechos, *el autor conserva, durante toda su vida, el derecho de [...] oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de [su] obra o a cualquier menoscabo a la misma obra, que pudiera afectar su honor y su reputación*”.

Basta entonces que alguien (que ni siquiera debe ser reconocido como “artista”, pues puede tratarse de un simple “autor”) crea que su obra (aunque la haya vendido mucho tiempo atrás) ha sido deformada, mutilada o modificada o menoscabada para reclamar una indemnización.

Nada se dice acerca de si la obra califica o no como una obra de arte, o si es buena o mala o si su autor es conocido o no: basta la deformación, mutilación o modificación para reclamar la indemnización.

¹ Negri, Juan Javier, “El dilema de Landet”, *Derecho del arte: Anuario Iberoamericano 2015*; Fundación Profesor Uría-Thomson Reuters, Madrid, 2015.

No se trata de una norma desconocida: aunque raros, en la Argentina ha habido varios pleitos en los que se la aplicó y se dio la razón al artista afectado.

En los Estados Unidos, con su férrea defensa de la propiedad privada, el reconocimiento de los derechos morales, que sobreviven más allá de la venta de la obra de arte, encontró fuerte resistencia.

Se los reconoció recién en 1990, con la sanción —un poco forzada— de la Ley de Derechos de los Artistas Visuales (Public Law 101-650, title VI, § 603 (a); “VARA”, según sus iniciales en inglés), *pero con un alcance diferente al del resto del mundo*.

En efecto, allí se impuso un criterio no *subjetivo* (es decir, fundado en que sea un artista quien exija el respeto a la obra de arte) sino *objetivo*; esto es, que la obra de arte *lo sea realmente*.

En otras palabras: bajo la Convención de Berna, quienquiera se defina como artista puede pedir que se proteja lo que él (o ella) considere una obra de arte. (Es el caso de los artistas argentinos). Bajo VARA, en cambio, la protección se dispensa a “obras de reconocida relevancia” y *no es el autor quien determina si el reconocimiento y la relevancia existen, sino los jueces*.

VARA, además, se ocupó minuciosamente de legislar sobre algunos aspectos que la Convención de Berna, mucho más vaga, no ha aclarado, como, por ejemplo, qué pasa con las obras de arte adheridas a un edificio *que no es propiedad del artista*.

La importancia de la sentencia recaída en el caso de los grafiteros de Nueva York el pasado 12 de febrero² reside en el hecho de

² In re “Cohen v. G&M Realty L.P.”, US District Court, Eastern District of New York; Case No. 13-CV-05612(FB)(RLM), 12 de febrero de 2018

que, por primera vez, se reconoció la *relevancia* del graffiti como expresión artística, a pesar de su naturaleza efímera.

El juez resolvió que “Wolkoff conscientemente violó los derechos de veintiún artistas con respecto a 45 obras” (de las 49 destruidas). Y agregó, en lenguaje inusualmente duro: “dada la *abyecta* naturaleza de la actividad consciente de Wolkoff, esta corte le impondrá el pago de la indemnización por daños más alta posible bajo VARA por cada una de las 45 obras de arte ilegal y conscientemente destruidas por la suma total de 6.750.000 dólares”.

El juez analizó en detalle las alternativas que VARA contempla para el caso de obras de arte que, como los *graffiti*, no pueden ser retiradas o removidas de la superficie de un edificio sin destruirlas en el intento. (La Convención de Berna no tiene disposiciones al respecto, por lo que los tribunales de varios países han dado respuestas contradictorias en estas situaciones).

VARA exige al propietario del edificio notificar al artista, con noventa días de anticipación, que el soporte será destruido. Si el artista no retira la obra se entiende que ha renunciado a sus derechos morales.

El tribunal también explicó que VARA permite al artista optar entre reclamar “daños tarifados” (es decir, prefijados por ley, sin la exigencia de demostrarlos) o probar el daño efectivamente sufrido.

Pero “si el artista demuestra, y el tribunal concluye, que la infracción fue cometida conscientemente, se puede incrementar el monto de los daños tarifados hasta un monto no superior a 150.000 dólares por cada una de las obras”.

Es interesante saber además cómo se llegó a determinar la relevancia de las obras de arte, elemento esencial para lograr la indemnización. Los artistas demandantes exigieron inicialmente un juicio por jurados (pues éstos son más proclives a aceptar argumentos “emocionales” antes que puramente racionales). Pero avanzado el trámite, las partes acordaron que la cuestión fuera decidida por un juez. Este, sin embargo, decidió conservar el jurado como “grupo de consulta” para ayudarlo a determinar el estatus artístico (la “relevancia”) de los *graffiti* en cuestión y la existencia de los daños.

“Este tribunal sería negligente si no hiciera una pausa para reconocer el trabajo extraordinario de los ocho jurados. [...] Hemos quedado impresionados con su atenta dedicación a la difícil tarea de evaluar la responsabilidad del demandado con respecto a cada una de las 49 obras de arte”.

“La complejidad del caso no detuvo al jurado, que revisó las 49 obras para establecer su relevancia y evaluó a los 21 artistas para verificar la existencia de mutilaciones, distorsiones o modificaciones que perjudicaran el honor o la reputación de cada uno de ellos”. El punto es importante porque resalta la característica *objetiva* de la ley, centrada en la calidad de la obra artística, y no en lo *subjetivo* (el carácter de “artista” de quien la llevó a cabo).

La personalidad de Wolkoff afectó el resultado: el juez resaltó su agresividad e incoherencia cuando declaró como principal testigo en favor de la empresa demandada. Sus argumentos se basaron en la naturaleza efímera del arte callejero y en el conocimiento que tenían los artistas de que un día los edificios serían demolidos.

Pero el juez no encontró argumento alguno para sostener que el arte efímero no se encuentra protegido. Resaltó, por otra parte, que lo efímero de ese arte dependía, en realidad, no de su naturaleza, sino de la del soporte sobre el que las obras de arte habían sido creadas, por lo que en realidad era *el propietario del edificio* quien las podía convertir en efímeras.

El tribunal distinguió así, acertadamente, entre arte efímero y *arte transitorio*.

Con respecto al *reconocimiento* de la relevancia (la otra exigencia que establece VARA), el juez entendió que debía aplicarse *el sentido común*: “en este caso, el tribunal no necesita concentrarse en sutilezas probatorias, puesto que los artistas han agregado tal plétora de documentos y testimonios (incluso de reconocidos expertos) que aún bajo el más estricto de los estándares probatorios, demuestran que todas las obras de los demandantes eran reconocidas obras de arte”.

Este criterio constituye una sensible flexibilización de los estándares usados por los tribunales estadounidenses hasta ahora para determinar si existía o no tal reconocimiento.

La sentencia tiene cien carillas y merece un análisis más detenido; aquí sólo se han reseñado sus aspectos más relevantes. Veremos qué ocurrirá si se la apela.

Hay que felicitar a los artistas, a veces renuentes a exigir respeto a sus derechos y muchas veces ignorantes a su respecto, hayan decidido llevar adelante este pleito.

En la Argentina, donde rige la Convención de Berna, mucho más elástica y sencilla, se han cometido dislates artísticos (como el blanqueado en agosto de 2016 de un enorme mural en una exposición de ciencia y tecnología en las afueras de Buenos Aires) sin que ningún artista —y mucho menos el autor— siquiera recordara (o supiera) que la ley estaba de su lado.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**