

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

7 de septiembre de 2018

### ARTE Y BUROCRACIA

*La ignorancia sobre principios básicos del arte llevó a cometer un error varias veces millonario.*

Uno de los principios básicos del arte (y del derecho del arte) es que la creación intelectual del artista *le pertenece íntegramente y en exclusividad*.

Hace algunos años, una empresa constructora encargó al escultor Robert Davidson una réplica de la archiconocida y famosa “Estatua de la Libertad” de Frédéric Bartholdy (1834-1904) emplazada en el puerto de Nueva York. Esta nueva versión (de estuco, no de bronce) sería colocada al frente del hotel “New York New York” — cuyo nombre parafrasea el título de una famosa canción que interpreta Frank Sinatra— en Las Vegas (Estados Unidos).

Davidson tenía experiencia en tareas de ese tipo, porque años atrás, siempre en Las Vegas y en la misma vena artística, había hecho una “Juana de Arco” para un hotel apropiadamente llamado “París” y una “Esfinge de Gizeh” para otro llamado (¡por supuesto!) Luxor.

Pero Davidson *no hizo una réplica exacta*. Por el contrario, si bien se basó en la obra de Bartholdy, decidió hacer *una versión contemporánea* (y un tercio más reducida que el original): modificó sus proporciones, la hizo “más moderna, más femenina”, le rehizo los labios, los ojos y el peinado.

Según él, *se inspiró en su suegra* (cuya foto, dijo, miraba todos los días). Además agregó una placa en uno de los rayos de la corona en la cabeza de la escultura, con la leyenda “Esto es para vos, mami” (“*This is for you, mom*”).

Simultáneamente, el servicio estatal de correos de los Estados Unidos (el United States Postal Service o USPS) decidió emitir una estampilla o sello postal “perpetuo”; esto es, uno que no especificara su valor facial sino únicamente indicara para qué tipo de franqueo podía ser utilizado (en este caso, el de una carta simple). Al carecer de un valor fijo expresado en dólares y céntimos, la inflación no obligaría a su reemplazo ante cada incremento de tarifas. Lo llamó el “*forever stamp*”.

Para ilustrarlo, USPS decidió usar un buen emblema patriótico, y nada mejor que la imagen icónica de la Estatua de la Libertad (porque la bandera nacional ya había sido usada en emisiones anteriores).

El correo inició un largo proceso de selección de diseños y fotografías de la estatua a través de comités especializados, diseñadores, artistas, dibujantes y gerentes varios hasta llegar a una idea final.

Entonces compró a la agencia Getty Images por mil quinientos dólares una linda foto de la estatua, tomada desde un ángulo muy bajo, que al gerente de desarrollo de sellos postales de USPS le pareció la mejor... *Pero no era la escultura de Bartholdi* (cuyo propietario es el propio gobierno estadounidense) *sino la de Davidson*. Que se parece, *pero no es idéntica*.

Aprobado el diseño del sello postal, USPS firmó un contrato de licencia con el autor de la fotografía y se lanzó a la impresión y venta del sello postal. En seguida algunos filatelistas, fotógrafos y periodistas notaron las sensibles diferencias entre el original y la versión de Davidson y alertaron al correo. Éste decidió seguir adelante. Imprimió *cinco mil millones de unidades y vendió más de dos mil millones de dólares en sellos postales* hasta que en enero de 2014 los retiró de la venta.

¿Por qué lo hizo? Porque Davidson demandó al gobierno estadounidense por violación de sus derechos intelectuales.

La sentencia se conoció el pasado 29 de junio<sup>1</sup>.

USPS se defendió con varios argumentos. Uno de ellos fue que la representación gráfica de obras arquitectónicas no está protegida por el derecho de autor. El tribunal rechazó esa defensa al establecer que la Estatua de la Libertad (o su réplica) *no eran obras arquitectónicas*.

El argumento más importante del demandado (y sobre el que se centró la sentencia) fue que la obra de Davidson era una réplica, por lo que *carecía de la suficiente originalidad como para obtener*

*protección legal bajo las leyes que amparan el derecho de autor*. Dicho de otro modo, ¿el artista había *expresado sus propias ideas* o era un mero copista?

El tribunal dejó en claro en primer lugar que aún cuando USPS hubiera pagado una licencia de uso de la foto a Getty Images, ésta *no tenía derecho alguno sobre la imagen reproducida en la foto*.

El escultor adujo que si bien se le había pedido una réplica de la Estatua de la Libertad, *tuvo plena libertad creativa y que la ejerció plenamente para realizar una versión diferente del original*.

El juez recordó que “el *sine qua non* de los derechos intelectuales es la originalidad”, y que ella requiere probar apenas un grado mínimo de creatividad. Para merecer protección legal, *una obra de arte no necesita ser absolutamente original: sólo necesita una expresión nueva y original de alguna obra o idea anterior*. Agregó que la diferencia entre un original y una obra derivada de éste debe ser apenas *una variación expresiva [aunque] no trivial*. Por eso rechazó el pedido del gobierno de que Davidson identificara qué rasgos específicos había modificado: “la ley no contiene un requisito semejante”, dijo.

El magistrado rechazó el argumento de que “la apariencia femenina y contemporánea” que el artista quiso dar a la estatua “eran meras ideas sin protección legal”, sobre la base de que esa protección se otorga *a toda expresión de creatividad*.

Para el juez, “una comparación entre los rostros de ambas esculturas demostraba sin lugar a error que eran diferentes”. Las diferencias entre la obra de Bartholdy y la de Davidson eran “visualmente observables y no eran meras ideas”, y la segunda “evocaba una atracción más suave y más

---

<sup>1</sup> In re “Davidson v. The United States”, United States Court of Federal Claims, No. 13-942C, 29 junio 2018).

femenina” que la primera. Los testigos propuestos por el propio correo señalaron que la imagen fue elegida *porque era diferente de la escultura original*: “era nueva, fresca y atractiva y por ende susceptible de atraer el interés de los compradores”.

El juez rechazó uno a uno los argumentos del gobierno; por ejemplo, que las diferencias entre las dos esculturas eran sólo el resultado del juego de luces y sombras y del ángulo del fotógrafo. Más aún: sobre el testimonio de los propios funcionarios del correo, estableció que lo que había resultado atrayente para USPS eran, *precisamente*, esas diferencias.

Como conclusión, “la escultura de Davidson, aunque invoque otra mundialmente famosa, es un trabajo original y creativo”, y como tal, protegido por los derechos intelectuales.

El juez concluyó también que el uso hecho por el gobierno *constituía una infracción a esos derechos*: no constituyó “una cita”, ni un “uso limitado” o “sin fines de lucro” (descartando así la defensa de que los compradores de sellos postales *no pagaban por la obra de arte allí descrita sino por el uso del servicio de correos*).

El juez también dejó de lado el argumento de que la imagen era irrelevante puesto que no añadía nada a la utilidad del sello postal. “Si ese fuera el caso —dijo el juez— el servicio postal debería emitir estampillas sin dibujos, con nada más que la indicación de su valor de franqueo. Tampoco invertiría tanto esfuerzo en la selección de las imágenes que usa”.

El correo arguyó que la porción de la escultura de Davidson incorporada al sello *era mínima*. Pero el juez opinó que la cara de la escultura era, precisamente, su

porción más expresiva y original, y el sello postal *la incluía por completo*.

El magistrado sólo dio la razón al gobierno en un punto: Davidson no pudo probar que su actividad artística sufriera daños como consecuencia del uso de la imagen de su escultura por parte de USPS. Pero agregó: [ese uso] *tampoco lo benefició*. El correo nunca mencionó a Davidson como artista ni se disculpó con él.

Para calcular la indemnización, el juez analizó muchos aspectos. Uno, que los artistas por lo general cobran muy poco del correo cuando éste emite sellos postales con reproducciones de sus obras *pero siempre reconoce públicamente su autoría*. Otro, que el correo *cobra* por la reproducción de sus sellos postales en libros escolares o camisetas. Un tercero, que en muchos casos (10% del total vendido), los sellos postales son comprados por quienes no los usan (coleccionistas, por ejemplo). En esos casos, el margen de ganancia del correo es enorme: el comprador adquiere el derecho a un servicio que luego no ejerce.

Otro elemento fue que Davidson nunca había otorgado licencias para la reproducción de sus obras, por lo que su poder de negociación con el correo (si se hubiera sentado a negociar con éste) habría sido muy bajo.

Y, finalmente, que “luego de violar los derechos intelectuales *billones de veces* (por la cantidad de sellos vendidos) el correo no podía ahora eludir su responsabilidad diciendo que probablemente no habría llegado a un acuerdo” con el artista.

“Ninguna de las dos partes presentó prueba alguna acerca de una transacción similar en la que una imagen sea reproducida miles de

millones de veces con propósitos comerciales sin que se estipule un pago calculado sobre la cantidad de repeticiones”. Por lo tanto, estableció como indemnización una regalía del 5% del valor de los sellos postales *que no se usan para correspondencia o que el público retiene para sí* (porque con los que se usan como franqueo pierde dinero).

El juez usó las propias cifras de USPS para el cálculo de la indemnización: si se vendieron 4.948.761.166 estampillas por 2.190.414.155 dólares hasta 2014, (de las que se rompió o deterioró o no se usó el 3,24%), una regalía del 5% sobre estas últimas (las que no se usaron para franqueo) da \$ 3.548.470. Entre una cosa y la otra, al artista se le otorgó una indemnización de más de tres millones y medio de dólares, con intereses...

Los principios y las leyes acerca de los derechos intelectuales son prácticamente universales y uniformes. Por eso, el caso es interesante, aunque haya sido resuelto en los Estados Unidos, porque pone énfasis en los derechos que tienen los artistas sobre su obra.

Por lo general, el público considera que la propiedad sobre el respaldo físico donde se encuentra una obra de arte (la tela en el caso de una pintura al óleo; el mármol o bronce de una escultura o la pared en el caso de un mural) da a ese propietario *derechos absolutos* sobre la creación intelectual.

Y eso, como este caso lo demuestra, no es así: no había duda alguna de que el gobierno había comprado en buena ley una foto y el derecho a reproducirla. *Pero se olvidó de que en esa foto había derechos de alguien más...*

\* \* \*

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](mailto: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.**