



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

Facultad de Derecho

Derecho del Arte

Criterios para definir el concepto de arte en el Derecho chileno.

**Tesina para optar al Título Profesional de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

Por

Daniel Manríquez Sansigolo

Profesor Guía: Tomas Raúl Letelier Wartenberg

Santiago - Enero de 2015.



Índice

- I. Introducción.**
- II. Apreciaciones Básicas.**
- III. Derecho del Arte.**
- IV. Principios Jurídicos en Materia de Arte.**
 - IV.1. Fuentes del Derecho del Arte.
 - 1. Tratados Internacionales.
 - i. Reconocimiento de derechos culturales en los principales pactos y declaraciones universales
 - a) Declaración Universal de Derechos Humanos
 - b) Convención Americana de Derechos Humanos
 - ii. Convenciones internacionales en materia cultural.
 - a) Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales
 - 2. Constitución Política de la República de Chile.
 - 3. Ley.
- V. Concepto de Arte.**
 - 1. Derecho Comparado
 - a) Brancusi v. Estados Unidos
 - b) Caso Mephisto
 - 2. Derecho Chileno
 - a) Dictamen número 22.876 de la Contraloría General de la República
 - b) Una Solución Alternativa.
- VI. Conclusiones.**
- VII. Referencias.**

Agradecimientos a Carolina Manríquez, Paula Arrieta y Gala Dagá, por su incondicional cooperación.



Resumen

Debido al bajo número de obras y conceptos legales que busquen deslindar los límites y naturaleza del concepto arte, en Chile, este texto estudia los principios del Derecho del Arte, comprendiendo la doctrina y jurisprudencia internacional que versa sobre esta materia. Este estudio permite, en seguida, establecer parámetros y criterios que podrían ser útiles al momento de interpretar, a un nivel jurídico, el significado de la palabra arte.

I. Introducción

Día a día los seres humanos, hacemos uso de ciertas palabras con el fin de comunicar ideas concretas, no cabe duda alguna de aquello. Muy a menudo, también, usamos ciertas palabras sobre las cuales no sabemos con una certeza absoluta qué es lo que realmente significan, o quizás conocemos tan solo uno de los significados posibles. Existen palabras que tienen sentidos distintos, dependiendo de quién las utilice y del contexto en el cual se enmarca su uso.

Muchas veces oímos a personas que mencionan la palabra “Derecho” en contextos que a nosotros los estudiantes de derecho y abogados nos parece poco apropiado. Y nos parece poco apropiado porque conocemos el vocabulario técnico, que en el mundo de lo jurídico connota una cosa, y en el mundo lego, otra.

Imaginemos que un día un grupo de personas que jamás han estudiado el Derecho y tampoco han sido asesoradas por expertos en la materia se dispongan a construir y redactar normas jurídicas empleando un vocabulario, que a nuestro parecer, está mal empleado. Y no solo eso, estas normas construidas por los “no abogados” buscan regular nuestros servicios, estableciendo qué cosa es o no un contrato, por ejemplo. Es muy probable que algún sentimiento nazca en nuestro interior. Probablemente no sea un sentimiento muy positivo.

Este caso hipotético no tiene mucho de ficción, pero cambiando los roles de los personajes. El Derecho regula muchas materias, en las cuales es factible que ciertos profesionales de determinadas materias se sientan vulnerados. Esto es del todo lógico, ya que existe la probabilidad de que las normas sean redactadas sin



el debido asesoramiento de un experto en la materia a regular y también a interpretar.

Cuando oímos la palabra Arte, nuestra actividad cerebral se acelera para darle un significado a esa palabra. Seguramente recordaremos alguna pintura famosa que hayamos visto, una escultura de Miguel Ángel, o tal vez una canción. Todo esto, con el fin de llenar ese espacio medio vacío que existe en nuestro cerebro, ya que desconocemos el significado de dicha palabra, es decir, un efecto primado: un acto de relleno que nace de nuestra memoria, lo que es posible de calificar como un acto poco racional o de racionalidad sesgada.¹

Cuando el legislador redactó normas cuyo contenido roza o simplemente atraviesa la esfera del arte o cuando la administración del Estado menciona la palabra arte, es justo preguntarse: ¿lo hacen sabiendo qué es el arte? ¿Qué concepto de arte? ¿Existe, acaso, un sesgo en la racionalidad del legislador y el administrador al momento de participar en esta centenaria discusión?

Las preguntas expuestas con anterioridad son el alma del presente trabajo. Las respuestas de estas interrogantes permitirán entender cuál es el contenido de la ley chilena que versa sobre materias de arte, y de este modo, entender qué quiere decir el legislador cuando, por ejemplo, habla de arte en la ley de propiedad intelectual o en la ley que regula el ejercicio de las artes. Entendiendo el marco sobre el cual trabaja el legislador y el administrador cuando hablan del Arte será posible determinar la naturaleza jurídica de este mismo concepto, y por lo tanto, la certeza jurídica respecto de este punto aumentará cualitativamente y quizás, la justicia aplicada a los casos sea cualitativamente superior que aquella que se aplica ignorando la fuerza del concepto “Arte”.

El objetivo que se persigue en el presente documento es poder entregar una guía a los estudiantes de derecho y abogados en la que se pueda identificar de manera sencilla cuáles son los derechos que se comprenden en el Derecho del Arte chileno, a través de su régimen legal vigente y además una mirada al concepto de Arte, desde una perspectiva jurídica, utilizando ciertos conocimientos provenientes desde la teoría del arte.

II. Algunas apreciaciones básicas

Puede resultar un poco extraño, incluso pretensioso que una persona ligada al mundo del Derecho hable de arte. Sin embargo al tratarse este trabajo de una investigación jurídica, no se convertirá este espacio de reflexión jurídica en una discusión de teoría del arte, pero se tomarán en cuenta algunas apreciaciones

¹ KHANEMAN, Daniel. Thinking, Fast and Slow. Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.p.52.



básicas sobre el arte. No se puede hablar de “Derecho del Arte” sin antes haberse cuestionado qué es el arte, no hay necesidad de ser un artista, pero el ejercicio reflexivo es imprescindible para entender la dimensión del tema en cuestión.

La historia del arte ha pasado por muchas etapas. Existen una serie de acontecimientos en el mundo artístico que han logrado cambiar los paradigmas del arte, algunos de estos de una manera poco clara y otros de una manera mucho más drástica y frontal. Este proceso histórico no ha sido en vano. Hoy en día quien afirme que el arte es simplemente una técnica, tendrá que justificarlo para que dicha afirmación tenga un valor relevante. Así como quien afirme que el arte es puramente la expresión de un concepto, deberá realizar el mismo ejercicio de fundamentación. Y así se puede seguir infinitamente, cada afirmación respecto de qué cosa es arte o no deberá tener un fundamento artístico, ya sea a través de la palabra o incluso de una obra².

Para efectos pedagógicos, facilita la comprensión de esta materia el entender que la historia del arte está dividida en épocas, y cada época de esta larga historia tiene sus propias maneras de comprenderla.

La época moderna ha trazado una línea que determina en un antes y un después la discusión de arte. Y esto, porque los paradigmas han cambiado de manera revolucionaria en un período de tiempo muy pequeño comparado a toda la historia del arte, que ésta a su vez, acompaña al ser humano desde sus inicios³.

Es muy probable que el arte del siglo XII se comprenda de una manera totalmente distinta que a la del siglo XXI. Hal Foster (2001), destacado crítico e historiador de arte norteamericano de mediados de siglo XX, nos comenta en su texto “El Retorno de lo Real” cómo se han articulado los discursos acerca del arte y su valor a lo largo de la historia: “La cuestión de los retornos históricos es antigua en la historia del arte; de hecho, en la forma del renacimiento de la antigüedad clásica, es fundacional. Preocupados por abarcar diversas culturas en una narración única, los fundadores hegelianos de la disciplina académica representaron estos retornos como movimientos dialécticos que hacían avanzar la peripecia del arte occidental y propusieron figuras apropiadas para esta narración histórica (así, Alois Riegl sostuvo que el arte avanza a la manera que gira un tornillo, mientras que Heinrich Wölfflin aportó la imagen afín de un espiral).”⁴ Otro ejemplo en la manera en cómo el concepto de arte ha ido mutando a lo largo de la historia, el caso de Walter Bejamín, quien se destacó por reflexionar en torno al valor que posee una obra de arte cuando esta es un objeto único o no. Para contextualizar brevemente, en los inicios de la historia de arte, siempre se privilegió el valor artístico de una obra por su manufactura artesanal, es decir, el valor de la obra era otorgado por la mano

² ARRIETA, Paula. Doctora en Filosofía, Mención Teoría del Arte [Entrevista personal, del 29 de diciembre de 2014].

³ ARRIETA. *Op. Cit.*, [Entrevista]

⁴ FOSTER, Hal. *El retorno de lo real*. Madrid, Akall, 2001.p. 7.

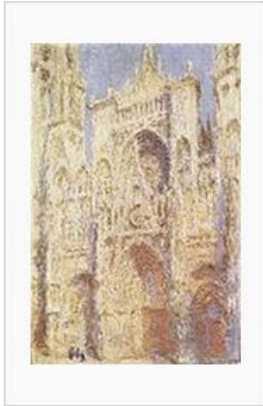


creadora del artista. Este gran paradigma cambia cuando se introduce la producción industrial o en serie en la construcción de objetos e imágenes –un claro ejemplo es la fotografía– lo que hace que el valor de una obra de arte, que hasta ahora era fruto de la mano creadora, sea puesto en crisis. Benjamin, en su texto “La Obra de Arte en la Era de la Reproducibilidad Técnica” introduce la reflexión en torno a este cambio de paradigma con un epígrafe de Valery “En un tiempo muy distinto del nuestro, y por hombres cuyo poder de acción sobre las cosas era insignificante comparado con el que nosotros poseemos, fueron instituidas nuestras Bellas Artes y fijados sus tipos y usos. Pero el acrecentamiento sorprendente de nuestros medios, la flexibilidad y la precisión que éstos alcanzan, las ideas y costumbres que introducen, nos aseguran respecto de cambios próximos y profundos en la antigua industria de lo Bello. En todas las artes hay una parte física que no puede ser tratada como antaño, que no puede sustraerse a la acometividad del conocimiento y la fuerza modernos. Ni la materia, ni el espacio, ni el tiempo son, desde hace veinte años, lo que han venido siendo desde siempre. Es preciso contar con que novedades tan grandes transformen toda la técnica de las artes y operen por tanto sobre la inventiva, llegando quizás hasta a modificar de una manera maravillosa la noción misma del arte.”⁵

Para despejar posibles dudas que puedan sobrevenir en este espacio, procederemos a realizar un ejercicio práctico. A continuación usted verá dos imágenes en las cuales se representan dos obras de arte, cada una de estas pertenecen a dos épocas o momentos del arte que bajo la escala del tiempo se encuentran muy distanciadas una de la otra. Como este trabajo no es un trabajo de teoría del arte, lo que en seguida se muestra es un ejercicio meramente ilustrativo que simplemente ayudará a entender una parte microscópica de la teoría artística, que a lo largo de este trabajo servirá como base para comprender que el arte no es necesariamente un cuadro.

En la primera imagen, corresponde a una serie de pinturas realizadas por el artista francés Claude Monet entre los años 1892 y 1894. Esta serie de pinturas se conocen como Catedral de Rouen, y el artista impresionista busca, a través de la pintura, rescatar y plasmar un momento único que se genera con la luz del sol, en diferentes instancias del día, en la misma Catedral. Cuando el artista retrata ese segundo cuando el sol ilumina de amarillo la iglesia, lo que está haciendo es congelar un instante, un momento que es irrepetible y es único, al igual que la obra de arte. En su serie de pinturas, todas muestran la Catedral de Rouen bajo la misma perspectiva, sin embargo cada una es diferente, pues el momento en que fue retratada cambió, la experiencia del artista al momento de pintarla cambió, y por lo tanto, las vuelve distintas; así como cada pintura.

⁵ VALÈRY, Paul. Pièces sur l'art, “La conquête de l'ubiquité”. París, Gallimard, 1960. p.1283.



*Rouen Cathedral, West
Façade, Sunlight*
1892
National Gallery of Art
Washington, D.C., USA



*Rouen Cathedral, red,
Sunlight*
1892
National Museum of
Serbia
Belgrade, Serbia



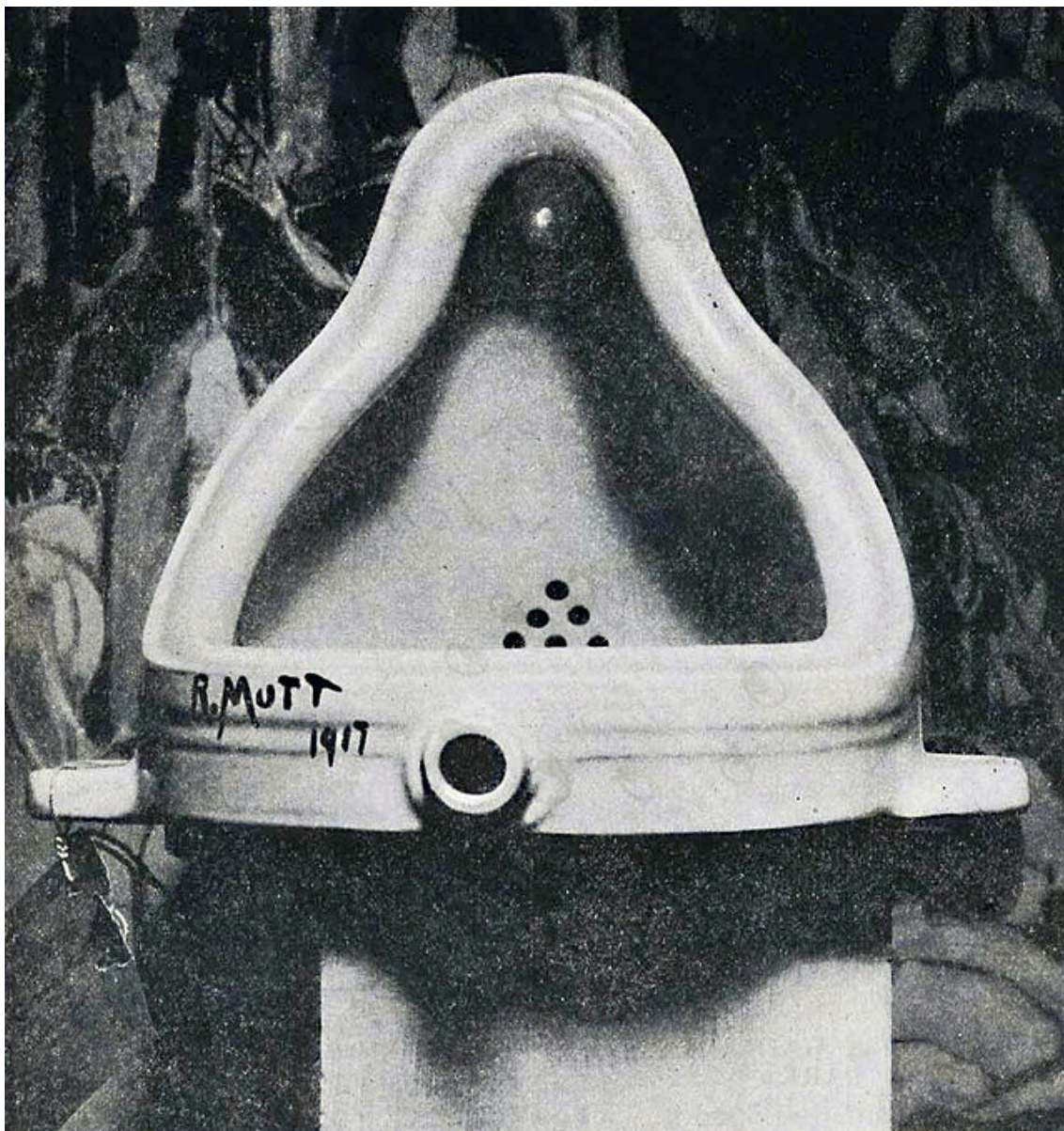
*La Cathédrale de
Rouen. Le portail et la
tour Saint-Romain, plein
soleil ; harmonie bleue et
or*
1892-1893
Musée d'Orsay
Paris, France



*La Cathédrale de
Rouen. Le portail, soleil
matinal; harmonie bleue*
1892-1893
Musée d'Orsay
Paris, France

Por otra parte, en la segunda imagen se puede ver un urinario, obra de arte de autoría de Marcel Duchamp titulada como *La Fuente*⁶, 1917. Este urinario no fue confeccionado por el artista ni tampoco él lo mandó a confeccionar. Por el contrario, es un objeto de uso común, pero que el artista instala intencionalmente en un contexto artístico, dotándolo de un aura y un sentido de unicidad, permitiendo que la historia del arte tuviera un vuelco respecto a lo que se considera como arte. Un objeto común, reproducido de manera serializada, se vuelve una obra de arte desde el momento en que el artista transforma el escenario en donde es mostrado este objeto, dotándolo de diversas posibles simbologías y lecturas, y por lo tanto, invitando al espectador a verlo como una obra de arte. Este hecho genera un cambio paradigmático en la producción artística posterior a su época, pues la mano creadora del artista fue imprescindible, no así la intencionalidad del artista, la cual fue quien connotó un simple urinario en “La Fuente”.

⁶ DUCHAMP, Marcel. “La Fuente” (Fountain), 1917. Fotografía de Alfred Stieglitz después de la exposición de 1917 de la Sociedad de Artistas Independientes.



Lo anterior nos puede conducir a la siguiente reflexión: son muchas las formas en que se manifiesta el arte, por lo tanto, no se deberían cerrar las puertas para que lo “nuevo” o “diferente” pueda entrar en este mundo, es más, realmente no existe un solo concepto de arte, lo que sí se puede asegurar es que hay artistas⁷, y el problema que surge es quién va a considerar a alguien como artista, y cuándo realmente estamos frente a una obra de arte. Benjamin se refiere a esta flexibilidad del discurso que se genera en torno una obra o al valor de esta dependiendo del contexto histórico en el que se instala, diciendo que “Dentro de grandes espacios históricos de tiempo se modifican, junto con toda la existencia

⁷ Vid. GOMBRICH, Ernst. La Historia del Arte. Londres, Phaidon Press, 1950. p.15.



de las colectividades humanas, el modo y manera de su percepción sensorial. Dichos modo y manera en que esa percepción se organiza, el medio en el que acontecen, están condicionados no sólo natural, sino también históricamente”. Es así como entonces, más que dar respuestas, nos hace preguntas, y la manera en cómo percibimos las preguntas cambian dependiendo de la época y el contexto en que sea recibida la obra por el espectador. Es por eso que para definir qué es arte o quién es artista, primero debemos preguntarnos bajo qué paradigma de arte estamos pensando el arte y los artistas, y para hacer eso es imprescindible realizarlo con quienes producen y consumen arte en ese momento de la historia.⁸

III. Derecho del Arte

La profesora de Derecho del Arte (*Art Law*) de la Universidad de Loyola de Chicago, Anne-Marie Rhodes, sostiene que en realidad no existe un “Derecho del Arte” propiamente tal en el Derecho, más bien es el Derecho visto a través de los lentes del arte.⁹ Esta pseudo rama del Derecho¹⁰ es interdisciplinaria, contempla distintas materias en la que se puede estudiar, ya sean tanto de afuera del Derecho como de adentro, así lo son el Derecho de Propiedad, Derecho internacional, Contratos, Derecho Penal, Responsabilidad Extracontractual, Propiedad Intelectual, Derecho Tributario, Historia, teoría del arte y otras más, que jugarán un rol en cada caso de estudio.¹¹ Porque es el Arte la materia principal, algunas veces se aplicarán (o más bien interpretarán) las normas de manera tradicional y otras veces no. El arte podría permitir un estándar jurídico distinto al del resto de las materias¹², así al menos en un sistema anglosajón. Es necesario ver si aquello puede ocurrir en un sistema legal como el chileno, un sistema de Derecho continental en el que el juez estará limitado por el contenido de la ley.

No hay pretensiones de acuñar una única interpretación a la frase “Derecho del Arte”, pero para efectos prácticos se entenderá en este texto como el conjunto de normas que, de manera directa e indirecta, buscan dotar de derechos y obligaciones a quienes hagan ejercicio de las artes y además las que busquen proteger obras de arte de carácter material e inmaterial.

Hablar sobre “Derecho del Arte”, puede generar confusiones, ya que engloba

⁸ WALTER, Benjamin. La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica. Discursos Interrumpidos I. Buenos Aires, Taurus, 1989. p.3.

⁹ Vid. RHODES, Anne-Marie. *Art Law & Transactions*. Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2011.p.15. (Traducción de autoría propia).

¹⁰ Seudo, porque no es posible afirmar que el Derecho del Arte es una rama del Derecho propiamente tal, sino que más bien un subgénero de los derechos culturales, pero para efectos de este trabajo investigativo la frase Derecho del Arte debería llevarnos directamente a pensar en el conjunto de normas que dotan de derechos al artista y que protegen su obra.

¹¹ Vid. GERSTENBLITH, Patty. *Art, Cultural Heritage, and the Law*. Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2004. 3p. (Traducción de autoría propia).

¹² Vid. RHODES. *Op. Cit.*, p.15.



conceptos propiamente artísticos. Los cuales se alejan en cuanto a su significado del mundo jurídico. Es por ello que desde este párrafo en adelante la comprensión del Derecho del Arte versará principalmente sobre las artes visuales. Pero no de todas, sino que principalmente de pinturas y esculturas. La razón: Porque cada disciplina artística tiene un lenguaje propio, un sistema propio con fundamentos y principios propios. Y entrar a tallar fino en cada uno de estos requeriría de una extensión un tanto mayor. No es por nada que en Estados Unidos existe la diferencia entre “*Art Law*” y “*Music Law*”, por ejemplo.

A juicio de este redactor existe una palabra que a pesar de estar dotada un contenido jurídico, en esta investigación se buscará su máxima amplitud: Libertad. Libertad como un conjunto de atributos de la persona humana y libertad como característica intrínseca de una obra. El arte, a pesar de no tener una sola definición propia, tiene una serie de elementos que la validan como tal, y el Derecho puede llegar a identificar estos elementos con una debida instrucción proveniente desde el arte: “Ver el derecho a través de los lentes del Arte”.

IV. Principios en materia de Arte

Como ya se vio en las secciones anteriores, el arte se compone de una diversidad de elementos que permites su existencia. No solo los artistas deben respetar esta disciplina, la ciudadanía también y por sobretodo, el Estado. ¿De qué manera? A través del Derecho. La protección que gira en torno al arte quizás no es particularmente extensa. No se contiene en un solo texto jurídico y tampoco hay muchas referencias de aquello, pero existe. Existe en la constitución, en los tratados y convenciones internacionales y en la ley.

Esta protección consta, como ya se dijo, en diversas fuentes de Derecho, de manera que el trabajo de unificar toda esta legislación es sumamente interesante. Sin embargo esto no significa que la protección sea absoluta o la más idónea. Significa que hay ciertos contenidos que el legislador ha decidido proteger debido a la significancia, probablemente patrimonial, que el arte puede llegar a tener cuando este se manifiesta en, dicho de manera jurídica, en cosas reales. Pero también se protege el arte como una expresión del humano, como una libertad, ya sea de crear algo como de expresar algo. Sin más rodeo echemos un vistazo a las fuentes donde podemos encontrar los derechos del arte.

Fuentes del Derecho del Arte

Para la enumeración de las fuentes del Derecho de Arte se utilizará como guía un trabajo recopilatorio de normas culturales del Consejo Nacional de la Cultura y las



Artes¹³, ya que aquí se encuentran ordenadas de manera “Kelseniana” las normas culturales.¹⁴ Esta metodología de exposición de normas planteada en dicho estudio es lo suficientemente pedagógica para entender el sistema de normas culturales desde lo jerárquicamente superior a lo inferior: partiendo de los Tratados Internacionales hasta la normativa administrativa.

Ahora, lo que interesa es poder identificar las normas bases. El “a-b-c” del Derecho del Arte chileno. La base es lo que permite edificar un sistema, son los cimientos, y es por dicho motivo que no es en este texto donde se exhibe toda la legislación que recopile al universo de normas de la materia sometida a investigar, sino que las normas que esbozan y determinan el marco jurídico del Derecho del Arte.

1. Tratados Internacionales

Presentar y comentar las normas internacionales relacionadas con cultura puede parecer lejano al ejercicio concreto de los derechos culturales. Sin embargo, como consecuencia de la globalización y del continuo proceso de integración económica e interrelación cultural que esta significa, los acuerdos entre los Estados en el marco de organizaciones internacionales han pasado a influir de modo determinante las relaciones internas de cada sociedad.¹⁵

Paralela a la importancia mencionada en el párrafo anterior, existe una importancia de valor jurídico, esto es, que los Tratados Internacionales ratificados por Chile son un límite para el Estado, según reza el artículo 5 de la Constitución Política de Chile.¹⁶ Este límite tendrá una relevancia no menor; las leyes emanadas del Congreso no podrán colisionar con los derechos acá establecidos, de hacerlo, su contenido podría llegar a cuestionarse, al menos así indica la teoría. Sin profundizar respecto en las discusiones dogmáticas que se puedan dar respecto de la validez y eficacia de la norma constitucional previamente citada, para poder avanzar en este trabajo, nos movilizaremos al análisis de las normas internacionales.

i. Reconocimiento de derechos culturales en los principales pactos y declaraciones universales¹⁷

¹³ Gobierno de Chile (2009): Legislación Cultural Chilena (Santiago, Publicaciones Cultura). [en línea] [<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/libro-legislacion-cultural.pdf>] [Consulta: 18 de septiembre de 2014].

¹⁴ *Vid. Ibíd.* p. 11.

¹⁵ *Ibíd.* p. 17.

¹⁶ Artículo 5, Constitución Política de la República de Chile.

¹⁷ *Ibíd.* Legislación Cultural Chilena. p. 19.



a) Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)

En este texto jurídico, ratificado por Chile¹⁸ se declara, a pretexto de derecho humano, el derecho a toda libertad proclamada en esta carta de derechos inherentes al ser humano.¹⁹

Como bien se mencionó con anterioridad, la libertad relevante en materia artística es la libertad en un sentido amplio, y aquí se encontrarán la libertad de pensamiento, religión y conciencia²⁰ y la libertad de opinión y expresión.²¹

Además del Derecho a la Libertad, el texto jurídico en cuestión reconoce otros dos derechos que atingen más directamente a los artistas, derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y a gozar de las artes²² y el 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

Por lo tanto, los derechos que los artistas gozarían según esta norma son:

- Derecho a la Libertad de pensamiento, religión y conciencia.
- Derecho a la libertad de opinión y expresión.
- Derecho a tomar parte libremente en la vida cultural.
- Derecho a protección de intereses morales y materiales.

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos

Ratificado oficialmente por Chile el año 1991²⁴. Esta norma también protege las libertades de religión y conciencia²⁵. La libertad de pensamiento y expresión también se consagra acá, bajo toda modalidad,²⁶ sin embargo, con ciertos límites: censura previa. Esta censura sólo procederá en casos calificados, que parecen ir unidos a principios morales; el respeto a los

¹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.

¹⁹ Vid. *Ibíd.* Art.2

²⁰ Vid. *Ibíd.* Art.18

²¹ Vid. *Ibíd.* Art.19

²² Vid. Art.27 n°1

²³ *Ibíd.* Art.27 n°2

²⁴ Decreto n° 873, Ministerio de Relaciones Exteriores, D.O. 05.01.1991.

²⁵ Art.12 Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁶ *Ibíd.* Art.13 n°1



derechos o a la reputación de los demás, o²⁷ la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.²⁸

Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las providencias económicas y técnicas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas culturales, entre otras.²⁹

Derechos relacionados al arte en esta carta:

- Obligación del Estado para adoptar providencias respecto del desarrollo de la cultura.
- Derecho a recurrir a la justicia internacional cuando el Estado incumpla.
- Derecho a la Libertad de pensamiento, religión y conciencia.³⁰
- Derecho a la libertad de opinión y expresión con sus límites.³¹

ii. Convenciones internacionales en materia cultural³²

a) Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales

Este Convenio Internacional, celebrado en París el año 2005 y ratificado en Chile el año 2007³³, destaca la necesidad de incorporar la cultura como elemento estratégico a las políticas de desarrollo nacional e internacional.³⁴ Esta convención, tiene como fin crear parámetros dentro de los cuales los Estados Partes desarrollarán sus políticas públicas, estableciendo conceptos, principios y obligaciones que servirán como verbo rector al momento en que el Estado realice sus actividades en materias culturales, dentro de las cuales, el arte es un matiz.

Una importante tarea realiza este Convenio respecto de las definiciones ya que individualiza algunos conceptos que de alguna manera obligarán al Estado de Chile a procurar ser preciso con el lenguaje, porque estas

²⁷ *Ibíd.* Art.13 n°2 a)

²⁸ *Ibíd.* Art.13 n°2 b)

²⁹ *Cfr. Ibíd.* Art.26.

³⁰ Este Derecho se condice con lo establecido en DUDH.

³¹ Este Derecho se condice con lo establecido en DUDH.

³² *Ibíd. Legislación Cultural Chilena.* p. 35.

³³ Decreto Supremo n° 82, publicado en Diario Oficial el 27 Junio de 2007.

³⁴ Preámbulo de Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.



definiciones ayudarán en el proceso interpretativo de las nomenclaturas empleadas por el Estado.

Una definición, dentro de las ocho que realiza este documento se encuentra una de mucho interés, debido a que no solo define, sino que también establece las funciones de dicha definición, que de alguna manera le otorga valor:

Diversidad Cultural: “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. La diversidad cultural 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 que sean los medios y tecnologías utilizados”.³⁵

Por lo tanto, siendo el arte una de las expresiones culturales³⁶, cumpliría una función de enriquecer y transmitir el patrimonio cultural de la humanidad a ojos de esta Convención, por lo tanto, lo es también para el Estado de Chile.

Respecto de los principios rectores en materia cultural, el artículo segundo de la Convención establece que sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural.

Se crea un compromiso para integrar la cultura en las políticas de desarrollo en todo nivel,³⁷ para fomentar potenciación mutua entre esta Convención y los distintos tratados en que el Estado es Parte,³⁸ y a interpretar las otras normas Internacionales bajo esta Convención.³⁹

En conclusión, esta norma establece más que derechos; principios y compromisos, los cuales deben erguirse como un norte al momento en que el Estado de Chile y su Gobierno legislan. Es por dicho motivo, que de ahora en adelante llamaremos al conjunto de principios adoptados en esta Convención:

- “Deber de desarrollar políticas en respeto a la cultura”.

³⁵ *Ibíd.* Art.4 n°1.

³⁶ *Ibíd.* Art.4 n°2 y 3.

³⁷ *Cfr. Ibíd.* Art.13.

³⁸ *Cfr. Ibíd.* Art.20 letra a).

³⁹ *Cfr.. Ibíd.* Art.20 letra b).



2. Constitución Política de la República de Chile

Como se sugirió anteriormente, los derechos del arte dicen relación directa con la libertad. La libertad de hacer y expresar. Y así mismo la constitución política asegura este derecho en su artículo 19 número 25 en el que de forma textual se establece que existe un derecho constitucional a la “libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular”⁴⁰.

Este derecho asegura a todas las personas el derecho a crear y difundir las artes. No cabe mucho a interpretar en esta declaración. Pero para evitar cualquier duda ahondaremos un poco en este asunto.

Por libertad, para el contexto del artículo 19 n°25 entenderemos que se trata de:

- A) Un subgénero de la libertad de expresión, una forma particular de ejercer este derecho, por lo tanto queda sujeta al régimen de este derecho.⁴¹
- B) Confiere libertad para escoger cualquier medio para transmitir o representar el arte.⁴²
- C) Este derecho es de todas las personas.⁴³
- D) Consta de dos aspectos, uno activo, que es el derecho a difundir las artes y otro pasivo, que es la libertad de recibir las expresiones artísticas.⁴⁴
- E) Tiene las mismas limitaciones impuestas a la libertad de expresión.⁴⁵
- F) No puede ser objeto de censura.⁴⁶
- G) Tiene un aspecto social, ya que conforme al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la expresión artística como componente esencial de la cultura, es derecho de todas las personas a gozar de ella.

Respecto de las palabras creación y difundir no vale la pena entrar en detalle ahora, ya que estas palabras se relacionan con el título que más adelante se tratará, respecto del concepto de arte.

⁴⁰ Artículo 19 n°25 inciso 1ro, Constitución Política de la República de Chile.

⁴¹ Cfr. VIAL, Tomás. La libertad de creación artística. Un nuevo derecho constitucional. Santiago, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, 2004. p. 11.

⁴² Cfr. *Ibíd.* p. 11.

⁴³ *Ibíd.* p. 11.

⁴⁴ Cfr. *Ibíd.* p. 11.

⁴⁵ Cfr. *Ibíd.* p. 11.

⁴⁶ Cfr. *Ibíd.* p. 11.



El resto de los derechos que se pueden relacionar con el arte y que se contengan en la Constitución están, de alguna manera, vinculados con el derecho a crear y difundir las artes, es por dicho motivo que no será en este texto el lugar donde se profundicen, ya que para los objetivos planteados al inicio, podrían desviar el centro de atención.

3. Ley

En Chile sí existen leyes que versen sobre el arte. El objeto de cada una de estas leyes resulta ser sumamente diverso; desde la creación de organismos estatales destinados a conservar y promover las artes, hasta la protección del autor de una obra, por ejemplo. Pero de este universo de leyes no todo el contenido es satisfactorio para el entendimiento del Derecho del Arte, ya que lo que aquí se busca es entender la naturaleza jurídica del Arte, y no tanto lo exclusivamente formal, aunque a veces esto puede ser necesario para entender el ánimo del legislador al momento de redactar la norma.

Sin embargo las normas que pueden ser de utilidad, no tan solo para este trabajo, sino que para quien desee buscar los derechos que se vinculan al arte son las siguientes:

Ley 17.236. Aprueba normas que favorecen el ejercicio y difusión de las artes.

Ley 17.336. Propiedad intelectual.

Ley 18.985. Donaciones con fines culturales.

Ley 19.169. Establece normas sobre otorgamiento de Premios Nacionales.

Ley 19.928. Sobre fomento de la música chilena.

Ley 19.981. Sobre fomento audiovisual.

Ley 20.243. Establece normas sobre los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual.

Código del Trabajo: Contrato de los trabajadores de las artes y espectáculos.



v. El Concepto de Arte

Ya teniendo una mayor claridad respecto de los principios que dan vida al Derecho del Arte, es posible pasar a una etapa mucho más práctica: el concepto de Arte. Pero antes de resolver cuál es el significado de dicha palabra a para efectos del Derecho, se debe entender por qué es importante saber el contenido de dicha palabra.

Lo primero es que la legislación chilena, precisamente los textos jurídicos, utilizan esta palabra en una centena de ocasiones. La encontramos en Tratados Internacionales, en la Constitución Política y en la Ley. El código civil, por ejemplo, la utiliza en 4 ocasiones⁴⁷, pero siempre en el sentido de describir una actividad u oficio. Mas la ley de Propiedad Intelectual hace uso de esta palabra en 3 ocasiones⁴⁸, en una línea sumamente diferente, lo hace refiriéndose en un sentido orientado a las obras de arte. Por lo tanto la palabra Arte tiene una serie de significados, dependiendo del texto jurídico en el que aparezca, dependiendo del sentido en que se use y dependiendo de la interpretación que se le dé.

Al principio de esta investigación se mencionó la frase de la profesora Rhodes “ver el Derecho a través de los lentes del Arte”. Ahora es cuando debe de hacernos sentido. Para el Derecho del Arte es necesario ponerse los lentes del arte para luego ver el Derecho. No al contrario. Incluso cuando se encuentre en un contexto jurídico.

Hasta ahora parece que todos los conceptos se encuentran en un mundo imaginario, donde no hay nada concluyente ni certero. Pues dejemos de lado la teoría y acerquemos todo esto al piso de lo jurídico mediante el estudio del Derecho del Arte aplicado a los casos.

1. Derecho Comparado

Si bien cada país tiene su propia jurisdicción, sus propias normas, su propia forma de concebir el Derecho, esto no es contradictorio con la oportunidad de estudiar la regla de Derecho que se esconde detrás de la legislación y/o

⁴⁷ Artículos 21, 574, 1618 n°4 y 2003 n°4a del Código Civil chileno.

⁴⁸ Artículos 3 n°12, 32 y 37 Ley n° 17.236. Chile. Propiedad Intelectual.



sentencias emanadas de tribunales extranjeros. Ya que estas reglas representan una reflexión jurídica que más allá de la jurisdicción de la que provenga, existe una posibilidad de que el razonamiento utilizado pueda ser aplicado en otras jurisdicciones.

En este punto se analizarán dos sentencias. Una perteneciente a la jurisdicción norteamericana y una a la alemana, en la que existen reflexiones, siempre jurídicas, que permiten delimitar el alcance y naturaleza de la palabra “Arte”.

A. Brancusi v. Estados Unidos⁴⁹

Este caso data del año 1928, en el que un artista rumano, Constantin Brancusi, busca entrar a Estados Unidos una escultura de su propia autoría (“Ave en vuelo”) con un beneficio tributario consistente en la exención de todo impuesto de internación, contenido en un reglamento especial, el “*Paragraph 1704*”. Esto lo hace explicando al oficial aduanero que el objeto en cuestión es una obra de arte, lo que en Estados Unidos ha representado un trato especial en el impuesto aplicado.⁵⁰

El problema surge cuando la aduana estima que el objeto importado no es una obra de arte, por lo que Brancusi deber pagar un impuesto por su entrada. Sin embargo el artista estima que dicho acontecimiento atenta contra su derecho a ser beneficiado con la exención de impuestos, por lo tanto demanda al Estado para que se le reconozca dicho derecho.⁵¹

El juicio se torna en una suerte de crítica de arte, ya que es deber de la corte definir si “Ave en vuelo” es o no una obra de arte, porque es sólo bajo esa condición que se aplica la exención tributaria.

En el juicio declararon como testigos peritos una serie de personas ligadas al mundo del arte debido a sus trabajos, algunos a favor del Estado y otros del demandante. Finalmente la corte falló en favor del artista y obligó al servicio aduanero a respetar el reglamento *paragraph 1704*, esto significa, que la obra sea considerada como una escultura que entra en la categoría de obra de arte.⁵²

⁴⁹ Custom Court, Estados Unidos 1928. T.D. 43063, 54 Treas.Dec. p. 428.

⁵⁰ Vid. RHODES, Anne-Marie. p. 197.

⁵¹ Vid. *Ibid.* p. 197.

⁵² Vid. *Ibid.* p. 199.



El resultado del juicio no es precisamente lo que más importa. Lo realmente importante es la reflexión, el razonamiento que permitió a la Corte determinar lo anteriormente narrado y permitir que el artista no pagase el impuesto.

“En esta pieza de bronce por sí sola no parece ser un ave. Pero con un poco de imaginación se puede comparar con la forma del cuerpo de un ave. No están retratadas ni la cabeza ni las garras del ave. Es una pieza lisa, la cual está pulida en su exterior”.⁵³ De esta forma describe la Corte al objeto en cuestión, dando su parecer de lo que es posible interpretar de una obra con la forma que se ha descrito.

“Últimamente se han ido desarrollando nuevas escuelas de arte, cuyos exponentes intentan retratar ideas abstractas antes que imitar objetos naturales. Simpaticemos o no con estas nuevas ideas y las escuelas que las representan, nosotros pensamos que el hecho de su existencia y el hecho de su influencia reconocida en el mundo del arte, debe ser considerado por las cortes”.⁵⁴

“Este objeto sometido es hermoso y simétrico en contorno, y mientras hay cierta dificultad en asociarlo con un ave, es por lo tanto necesario verlo como altamente ornamental, y como tenemos en evidencia que es una producción original de un escultor profesional y siendo, de hecho, una pieza de escultura y una obra de arte, de acuerdo a lo establecido anteriormente, nosotros sostenemos la demanda y creemos que debe entrar libre de tributos bajo el reglamento *paragraph 1704*.”⁵⁵

Este atractivo fallo, si bien no define lo que es Arte, provee de al menos dos elementos que permiten considerar algo como arte:

Lo primero es que las cortes deben atender a lo que el arte define como arte. En el fondo, es desde el arte de donde proviene la reflexión, no es del todo jurídico. Y la verdad, parece ser del todo justo. ¿Dejaríamos en manos de una corte la responsabilidad de definir lo que es el acero? Evidentemente no, ya que para eso está la ciencia, los ingenieros, los físicos y los químicos. La diferencia entre el acero y el arte, es que el acero es y será siempre acero, con una composición química única y una estructura molecular única. El arte, tiene una naturaleza evolutiva, por llamarla de alguna forma. Lo que hoy es arte, en un lustro más puede que ya no lo sea, y por eso no solo las cortes, sino que cualquiera que esté en deber de regular o reglamentar en esta materia,

⁵³ Vid. *Ibid.* p. 198.

⁵⁴ Vid. *Ibid.* p. 199.

⁵⁵ *Ibid.* p. 199.



deben aceptar a las nuevas escuelas del arte, estudiarlas y desde ahí poder emitir algún tipo de juicio.

Un segundo elemento es que la obra no le pertenece a cualquier persona, es producto de un artista del cual no cabe duda que se dedica a este trabajo de manera profesional. Este perfil del autor permite acercarnos a la idea de que el trabajo realizado por él se trata de algo serio, de algo que reúne más elementos que permite ser considerado como arte.

B. Caso Mephisto⁵⁶

El caso Mephisto comienza judicialmente el año 1964, en Alemania Federal, cuando Peter Gorski demanda a la editorial *Nymphenburg*, con el fin de que se prohibiera la publicación del libro “Mephisto. Roman Einer Karrier”, en el que supuestamente se daña la imagen de su fallecido padre adoptivo, Gustaf Gründens, quien está interpretado en la novela por el personaje ficticio Hendrik Höfgen.⁵⁷

La demanda es rechazada por el tribunal de primera instancia y la editorial publicó 10.000 ejemplares del libro. Peter Gorski apela la sentencia y en junio de 1966 Tribunal de Apelaciones prohíbe totalmente la obra. Posteriormente el Tribunal Federal confirma la sentencia sometida a su revisión. Ya en 1968 la editorial somete el conocimiento del asunto ante el Tribunal Federal Constitucional a través de un recurso de amparo, el cual, con tres votos a favor de la sentencia de apelación y tres en contra de la sentencia de apelación, el recurso constitucional es rechazado y se prohíbe la venta del libro.⁵⁸

Dejando de lado el resultado final del juicio, los argumentos planteados en esta instancia procesal son de suma importancia, ya plantean una visión respecto de lo que significa el arte.

El Tribunal parte analizando el texto constitucional alemán, el cual establece que “el Art. 5, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental declara el arte –junto con la ciencia, la investigación y la enseñanza–

⁵⁶ Tribunal Constitucional Federal Alemán. 24 febrero 1971. Sentencia BverfGE, p. 173.

⁵⁷ Vid. MUÑOZ, Ana. Los problemas judiciales tras la publicación de la novela Mephisto, Roman einer Karriere. *Anglogermanica online: Revista electrónica periódica de filología alemana e inglesa*. 2003. p. 82.

⁵⁸ Vid. Ibid. p. 83.



como libre. Con esta garantía de libertad, El Art. 5, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental –en su redacción y contenido– contempla una norma objetiva de principios, que reglamenta directamente la relación del campo artístico con el Estado. Del mismo modo, la disposición garantiza el derecho a la libertad a todo aquel que ejerza su actividad en este campo”.⁵⁹

“El ámbito de la vida “artística”, reflexiona el tribunal, se debe determinar a través de sus características estructurales propias, marcadas por la esencia de la cultura. De éstas debe partir la interpretación constitucional del concepto de arte”.⁶⁰

El Tribunal reconoce que para interpretar el concepto de arte es necesario comprender que el arte está marcado por sus propias estructuras. A mayor abundamiento, más adelante en la sentencia el Tribunal continúa profundizando en el asunto:

“El arte tiene un carácter autónomo y obedece a leyes propias, y se encuentra protegido sin reserva alguna por el Art. 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Los intentos de restringir la libertad artística –ya sea mediante una interpretación restrictiva del concepto de arte, o bien mediante una interpretación amplia de las restricciones contempladas para otras disposiciones constitucionales o aplicándolas por analogía a la libertad artística– deben ser excluidas, atendiendo a la redacción clara del Art. 5, párrafo 3 frase 1 de la Ley Fundamental”.⁶¹

El arte tiene un carácter autónomo y obedece a leyes propias. ¿Existe algún parecido entre este razonamiento y aquel aplicado por la “*Custom Court*” en el caso *Brancusi v. Estados Unidos*? Al parecer tienen una línea en común, que es la de aceptar que para la interpretación del concepto arte es muy necesario recurrir a las “normas” del mismo arte para poder interpretarlo.

Como ya se vio en el inicio de este trabajo, el arte tiene una naturaleza compleja. Hay factores sociológicos, históricos y filosóficos que influyen en su apreciación. No hay una norma o criterio único que permita entender lo que es arte. Se debe buscar en el arte la respuesta a la cuestión, y así mismo lo reconoce la jurisprudencia alemana y la norteamericana.

⁵⁹ SCHWABE, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Berlín, editorial Konrad Adenauer Stiftung, 2003. p. 255-256.

⁶⁰ Vid. *Ibid.* p. 256.

⁶¹ Vid. *Ibid.* p. 256.



2. Derecho Chileno.

Dentro de la jurisprudencia chilena es difícil hallar una mención explícita del significado del concepto arte. Hay muchas menciones sobre los límites de la libertad de expresión (casos como “La Última Tentación de Cristo”), pero casi nulo en cantidad sobre el concepto mismo de arte, sin embargo, hay un dictamen emitido por la Contraloría General de la República, en el que dicha entidad administrativa define lo que es arte, como se verá a continuación.

A. Dictamen número 22.876 de la Contraloría General de la República⁶²

No es objeto de este trabajo indicar si el dictamen aquí presentado se ajusta o no a derecho. El objetivo que se busca es poder identificar el razonamiento aplicado por el órgano administrativo y de esta manera poder compararlo con los casos anteriores, con el fin de verificar los parámetros que fundamentan cada caso.

Este dictamen tiene como fundamento una solicitud realizada por la Dirección de Finanzas de la Fuerza Aérea de Chile hacia la Contraloría para que esta se pronuncie sobre “Cuándo un bien se considera “Obra de Arte” y cuál será su valorización, revalorización si corresponde y el tratamiento contable que debe dársele.⁶³

“Para los fines de responder acertadamente la interrogante planteada, es menester, desde luego, precisar lo que debe entenderse por obra de arte, para lo cual es pertinente recurrir, como elementos interpretativos a la legislación vigente, como la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual y sus modificaciones, pero también, al Diccionario de la Real Academia Española”.⁶⁴

En este párrafo, el cual es citado de manera textual del dictamen, parte indicando que lo pertinente es recurrir como elemento interpretativo a la ley y al diccionario. Lo anterior no tiene por qué ser incorrecto. Aun cuando el razonamiento aplicado diste de ser como los aplicados en los casos vistos con anterioridad. Antes de emitir cualquier juicio se debe

⁶² Dictamen de Contraloría General de la República N°22876, de 4 de mayo de 2009.

⁶³ *Vid. Ibid.* Párrafo 1ro.

⁶⁴ *Ibid.* Párrafo 2do.



seguir de cerca el dictamen, y ver qué terminó por estimar la Contraloría.

El primer paso consiste en estudiar la ley y verificar si esta, en algún artículo menciona lo que se entiende por arte: “En este contexto, es dable anotar que la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, que protege los derechos del autor, no contiene una definición genérica de obra de arte, sino que se limita a mencionar en su artículo 3° a determinadas obras, como libros, obras dramáticas, composiciones musicales, grabados, pinturas, dibujos, para citar algunas. A su vez, en el numerando 12 del artículo 3° se refiere a algunas obras de las artes figurativas, análogas a las esculturas, sin definirlas, y en el artículo 5°, define a determinadas obras, desde el punto de vista de su producción. Cabe agregar, por otra parte, que el DFL. N° 5.200, de 1929, y sus modificaciones, que regula la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos, en su artículo 22 alude tan solo a las obras de artes plásticas y aplicadas, sin definirlas”.⁶⁵

“Es así entonces que en aquella legislación, a falta de una definición de obra de arte propiamente tal, es útil recurrir asimismo, como elemento interpretativo coadyuvante, al referido léxico, conforme al cual "obra"; en su primera acepción es "cosa o hecho producido por un agente"; en su segundo significado, equivale a "cualquier producción del entendimiento en ciencias, letras o artes, y con particularidad la que es de alguna importancia" y, en la tercera acepción atinente se.ala, "tratándose de libros, volumen o volúmenes que contienen un trabajo literario complejo". Por su parte, el vocablo "arte"; conforme al mismo Diccionario, designa la "virtud, disposición y habilidad para hacer alguna cosa" y en la segunda acepción que interesa, señala "acto o facultad mediante los cuales, valiéndose de la materia, de la imagen o del sonido, imita o expresa el hombre lo material o lo inmaterial, y crea copiando o fantaseando".⁶⁶

Como en la legislación chilena no se define lo que es una obra de arte, lo natural es recurrir a alguna otra fuente para poder encontrar el significado. ¿Pero por qué el diccionario y no un libro de teoría del arte, por ejemplo? Sin más interrupciones, vamos a ver lo que concluye finalmente el ente dictaminador.

“Sobre la base de los elementos interpretativos pre anotados anteriormente, es dable entonces afirmar que las obras de arte están constituidas por cualquier cosa, producción o representación hecha por

⁶⁵ *Ibid.* Párrafo 3ro.

⁶⁶ *Ibid.* Párrafo 4to.



el hombre, mediante la cual se expresa un sentimiento o visión personal que interpreta lo real o imaginario, con recursos plásticos u otros. Entre las manifestaciones artísticas que producen estas obras, se encuentran las siguientes: pintura, escultura y artes menores, como cerámica, vidrio, miniaturas, grabados, encuadernación, tejidos decorativos (alfombras y tapices), eboraria (trabajo del marfil), orfebrería, hierro, mobiliario, volúmenes literarios, etc., lo fundamental de este tipo de objetos es que resalte su componente artístico y cultural. Las obras de arte se pueden encontrar agrupadas en colecciones o como obras aisladas. Se entiende que las colecciones se reconocerán como una unidad total ya que su valor cultural es diferente al de una obra sola”.⁶⁷

Lo anterior es la definición oficial de obra de arte entendida por la administración del Estado de Chile. Una definición que no necesariamente es equivocada, pero puede ser controversial.

Controversial porque la forma en que se llega a una conclusión como la citada resultó ser un producto del intelecto del redactor del dictamen, que tomó como elementos base para su razonamiento a la ley y al diccionario, sin siquiera consultar a un experto en materia de arte. Ya se vio que la primera base para la interpretación del arte es comprender que el arte tiene sus propias estructuras y se ajusta a sus leyes propias (caso *Mephisto*), y además la calificación de arte debe estar inspirada por las escuelas de arte (caso *Brancusi v. Estados Unidos*). Sin embargo el administrador no realizó ninguno de estos pasos.

Una Solución Alternativa

Con el ánimo de procurar una solución a la pregunta qué es una obra de arte, es posible proponer un método distinto al que se vio en el dictamen, el cual puede acotarse a los criterios vistos en las sentencias extranjeras, y bajo el régimen legal vigente en Chile.

La forma de interpretar la ley está dada por la misma ley, particularmente en el Código Civil, entre los artículos 19 y 24.

El artículo 19 del Código Civil establece que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desentenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”⁶⁸, esto quiere decir que el sentido de la ley es claro cuando el alcance de la disposición es entendible por su sola lectura, porque aislada de las demás normas no origina dudas, y relacionada con las

⁶⁷ *Ibid.* Párrafo 5to.

⁶⁸ Art. 19 del Código Civil Chileno.



otras no es discordante.⁶⁹ Cuando la ley habla de Arte, el contenido de esta palabra es dudoso, ya que como se manifestó con anterioridad, la ley usa esta palabra con distintos sentidos, que en abstracto puede resultar fácil de interpretar, pero que en un caso concreto, como es este caso, se torna oscuro.

El artículo 20 manifiesta que “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.⁷⁰ Si se toma en cuenta que el sentido natural y obvio es aquel que otorga el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE)⁷¹, la palabra arte significaría aquello que el dictamen de la Contraloría General ha obrado de acuerdo a la ley. Pero considerando al artículo 21 del Código, que indica que “las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que le den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se ha tomando en sentido diverso”,⁷² se producirá la disyuntiva de cuál de los dos artículos es el más apropiado para aplicar en este caso.

Si se opta por el artículo 20, es decir, por el sentido natural y obvio de la palabra Arte, se debe buscar lo que dice el DRAE, como ya fue visto, es el “acto o facultad mediante los cuales, valiéndose de la materia, de la imagen o del sonido, imita o expresa el hombre lo material o lo inmaterial, y crea copiando o fantaseando”. Ahora, esta definición contrastada con lo exhibido al principio de este trabajo en la parte “Algunas Apreciaciones Básicas”, no parece calzar, ya que como se vio que el concepto de Arte está determinado por una serie de factores, y no es posible de darle una sola definición.

Como no es posible darle una sola definición a la palabra arte, sino que la definición va a variar según la obra de la que se trate, es apropiado utilizar el artículo 21 del código, en el que se debe interpretar la palabra o precepto en el sentido que el Arte le dé a la palabra arte.

Utilizar el artículo 21 para interpretar la palabra arte, significa respetar las leyes y estructuras del Arte. Significa solicitar al Arte que provea del significado, para el caso en que se necesite.

⁶⁹ Vid. ALESSANDRI, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio. Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general, Volumen 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.,p.185

⁷⁰ Art. 20 del Código Civil Chileno.

⁷¹ Vid. ALESSANDRI, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio. Op. Cit., p.186

⁷² Art. 21 del Código Civil Chileno.



El planteamiento, por lo tanto, propone que la debida interpretación de la palabra arte debe de hacerse mediante el uso del artículo 21 del Código Civil, ya que de esta manera se respeta a esta disciplina y se está acorde a los criterios trazados por Estados Unidos y Alemania Federal.

VI. Conclusiones

La naturaleza del Arte es compleja. Existe una historia detrás del Arte, la cual está compuesta por de una serie de elementos filosóficos que han permitido distinguir al Arte del resto de las expresiones en que el ser humano se comunica o manifiesta su espíritu. El Arte no es solo una pintura o una escultura, no en el presente por lo menos, ya que la historia y muchas mentes se han encargado de hacer evolucionar el concepto, a tal punto, que ni siquiera es posible definir el arte en una abstracta.

El Derecho del Arte implica entender al Derecho a través del Arte. Es una concepción doctrinaria que admite que el Arte tiene una naturaleza jurídica compleja, y por lo tanto, al verse implicada una obra de arte en un espacio de reflexión jurídica es necesario ponerse los lentes del Arte para así lograr un resultado que satisfaga las al Derecho en su conjunto y al Arte.

El Derecho del Arte tiene como fuentes a los Tratados Internacionales, Constitución Política, leyes y reglamentos, o sea, al ordenamiento jurídico en su conjunto. Pero lo importante está en saber que hay principios de mayor relevancia, como lo son las normas que permiten la existencia del arte, y esto se encuentra fundamentalmente en las normas de mayor jerarquía, particularmente en la Constitución Política de Chile, texto en el cual se consagra el derecho/libertad de crear y difundir las arte, el cual contempla sus propios límites y los de la libertad de expresión.

Como el concepto de arte u obra de arte no están definidos por la ley, es necesario buscar fuera de esta la definición. Son múltiples las opciones a las cuales se puede recurrir para encontrar el significado de la palabra. Sin embargo, en la jurisprudencia extranjera es posible encontrar un camino bastante apropiado para la determinación del concepto arte, el cual establece criterios que son posibles de utilizar en el Derecho chileno, ajustándose a la Constitución Política y a la Ley. Y con un



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

respeto fundamental al Arte, entendiendo y aceptando que tiene su propia estructura y forma de concebirse a sí mismo, que muchas veces puede ser difícil de comprender por alguien que no ha estudiado la materia.



VII. Referencias

Libros

ALESSANDRI, Arturo., SOMARRIVA, M., VODANOVIC, A. Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general, Volumen 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.1150p.

GERSTENBLITH, Patty. Art, Cultural Heritage, and the Law. Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2004. 1112p.

GOBIERNO de Chile. Legislación Cultural Chilena. Publicaciones Cultura. Santiago, Chile, 2009. 815p. [en línea] <<http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/libro-legislacion-cultural.pdf>> [consulta: 30 diciembre de 2014].

FOSTER, Hal. El retorno de lo real. Madrid, Akall, 2001. 335p.

GOMBRICH, Ernst. La Historia del Arte. Londres, Phaidon Press, 1950. 688p.

KHANEMAN, Daniel. Thinking, Fast and Slow. Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2011. 499p.

RHODES, Anne-Marie. Art Law & Transactions. Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2011. 455p.

SCHWABE, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2003. 669p. [en línea] <http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf> [consulta: 7 enero de 2015].

VALÈRY, Paul. Pièces sur l'art ,“La conquête de l’ubiquité”. París, Gallimard,1960. 1283p.

WALTER, Benjamin. La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica. Discursos Interrumpidos I. Buenos Aires, Taurus, 1989. 57 p.

Legislación Internacional



Declaración

Decreto N° 82. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Promulga la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales y su Anexo. Publicado en el Diario Oficial del 27 de junio de 2007

Decreto N° 873. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Promulga Convención Americana de Derechos Humanos. Publicado en el Diario Oficial del 5 de enero de 1991.

Ley N° 17.336. CHILE. Propiedad intelectual. Publicado en Diario Oficial el 2 de octubre de 1970.

Código Civil Chileno.

Publicaciones

VIAL, Tomás. La libertad de creación artística. Un nuevo derecho constitucional. Santiago, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, 2004.. 36p.

Revistas

MUÑOZ, Ana. Los problemas judiciales tras la publicación de la novela Mephisto, Roman einer Karriere. Anglogermanica, Revista electrónica periódica de filología alemana e inglesa, 2003. 17p. [en línea] <<http://anglogermanica.uv.es:8080/Journal/Viewer.aspx?Year=2003-04&ID=munoz.pdf>> [consulta: 5 enero de 2015].