FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

DERECHO DEL ARTE

Anuario iberoamericano 2015

FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

CIVITAS

THOMSON REUTERS

Primera edición, 2015





El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de sus autores como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Las imágenes que aparecen en los artículos publicados en este libro se utilizan a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters Legal Limited
© 2015 Fundación Profesor Uría / Thomson Reuters Legal Limited
© Portada: Thomson Reuters Legal Limited
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor, Navarra
ISBN: 978-84-470-5273-8
Depósito Legal: NA 1353/2015
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

Sumario

Página

PRÓLOGO 19
DANIEL PROENÇA DE CARVALHO
Abogado

LA PROPIEDAD TRENZADA. EL JUEGO DE LO MATERIAL Y LO INMATERIAL EN LAS OBRAS DE ARTE 23
RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI
Profesor Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

1. Lo material y lo inmaterial en la propiedad intelectual 24
2. La proximidad de la obra a su soporte en las obras plásticas 28
3. Una curiosa relación de vecindad 32
4. La disociación entre materia y especie durante la fase de elaboración de la obra 33
5. La plasticidad de la materia. Materiales duraderos y efímeros 34
6. La *materia* del creador fotográfico 36
7. Los útiles de trabajo 37
8. Los materiales 39
9. Las reglas del código civil sobre accesión 40
10. La especificación que da como resultado una obra intelectual original 43
11. ¿Especificación o damnificación? 45
12. ¿Accesión intelectual inmobiliaria? 46
13. ¿De quién son los grafitis? ¿Se puede borrar un grafiti? 48
14. Cuando no es buena idea borrar el grafiti 51
15. Materiales abandonados 56
16. Materiales en el dominio público 59
17. ¿De qué se apropia la fotografía? 65
18. De la reunión a la desunión: separación de lo material y lo inmaterial tras la creación de la obra 67

Página

19. La enajenación del original de una obra plástica: algo de la obra se marcha con su soporte 68

20. La enajenación del original de una obra plástica no divulgada 71

21. La retención por el autor del original de la obra de arte: algo de la obra se marcha sin su soporte 74

22. La enajenación del original de una obra plástica: lo que nunca se marcha con el soporte 75

23. En particular, el derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra 76

24. El derecho de participación en el precio de reventa de la obra 79

25. Derecho moral de integridad *versus* derecho de propiedad sobre el soporte original de la obra 84

26. El desmontaje de la obra 85

27. El cambio de emplazamiento de la obra (*site-specific works*) 88

28. La ampliación o ensamblaje de la obra con elementos ajenos a ella 90

29. El desplazamiento de la obra motivado por el cambio del entorno que la rodea 92

30. El transporte negligente de unos cuadros: ¿menoscabo de la obra o de su soporte? 94

31. Se me ha perdido su obra, hágame un duplicado. ¿Una sola obra con dos *corpus mechanicum*? 95

32. Una casa demasiado pequeña para dos huéspedes. Cuando el mismo objeto material sirve de soporte a dos *corpus mysticum* 99

33. El extraño caso del Ecce Homo de Borja y Mr. Hyde. ¿Restauración, deformación o transformación? 104

34. Epílogo 106

35. Bibliografía 107

EL DILEMA DE LANDET (ENSAYO SOBRE LA DESTRUCCIÓN Y MUTILACIÓN DE LA OBRA DE ARTE Y SUS ASPECTOS JURÍDICOS) 111

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado

Proemio. El dilema de Landet 111

1. Introducción 112

Página

2. El propósito de este trabajo 114
3. Destrucción, mutilación, alteración 115
4. La obra de Landet: ¿mutilación, destrucción o resignificación? 118
5. Censura, iconosclastia y vandalismo 119
6. Las reglas de juego: los derechos morales 128
7. La Convención de Berna 134
8. El derecho a la integridad de la obra de arte 136
9. Pero... ¿y el *ius abutendi*? 138
10. Algunos precedentes significativos sobre el derecho a la integridad de la obra de arte en la jurisprudencia continental 140
11. El sistema anglosajón 146
12. La incorporación de los derechos morales en los Estados Unidos 152
13. Un punto clave: los aspectos objetivos de VARA 159
14. Los extremos del debate acerca de los derechos morales 166
15. Cómo solucionamos el dilema de Landet 174
16. Ante algunos posibles escollos a nuestra propuesta 176
17. Bibliografía básica consultada 177

EL TRÁFICO EXTERIOR DE BIENES CULTURALES. ASPECTOS INTERNACIONALES Y TRIBUTARIOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO 183

LUIS PÉREZ-PRAT DURBÁN

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

JESÚS RAMOS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario, Acreditado a Catedrático, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Proemio 184
1. Los escenarios del tráfico internacional de bienes culturales 185
1.1. Los intereses 185
1.2. Los escenarios 192
2. ¿Obra de arte o patrimonio cultural? Las definiciones del bien cultural 201
3. ¿Hay un sistema internacional que regula el tráfico de obras de arte? 210
4. La regulación en el comercio internacional 213
4.1. El artículo XX.f del GATT 213

Página

4.2. La lucha contra el tráfico ilegal de bienes culturales: La Convención de la UNESCO de 1970 216

5. El tráfico de bienes culturales por causa del conflicto armado 224

6. De varia *restitutione* 230

6.1. Las restituciones por robo o salida ilegal del territorio de los Estados 233

6.2. Las reclamaciones de los países de origen. El caso de los Mármoles del Partenón 240

7. El sistema tributario como instrumento de intervención de las políticas públicas de protección del patrimonio cultural: la recurrente senda de la extrafiscalidad 245

7.1. Función extrafiscal del sistema tributario y patrimonio cultural: un binomio constitucionalmente admisible 245

7.2. Reconocimiento normativo de la utilidad de las medidas tributarias como cauce para la protección del patrimonio cultural 247

7.2.1. Normativa internacional: Convención y Recomendaciones de la UNESCO de 1972 y 1978 247

7.2.2. Derecho de la Unión Europea: posible compatibilidad de las ayudas fiscales al patrimonio cultural con el mercado interior 248

7.2.3. Legislación interna (estatal y autonómica) sobre patrimonio cultural 249

8. Principales condicionantes de la incidencia de las normas tributarias internas sobre el tráfico internacional de bienes culturales 252

8.1. Limitaciones del sistema tributario, especialmente patentes en una etapa de crisis 252

8.2. Reparto interno de competencias. Prevalencia de las competencias del Estado en materia de tráfico exterior 253

8.3. Diversidad de categorías y regímenes de protección de los bienes culturales 255

9. Alternativas para el empleo de los tributos con fines extrafiscales respecto del tráfico internacional de bienes culturales 256

10. Análisis de una medida tributaria con incidencia sobre el tráfico de bienes culturales desde España hacia el exterior: la tasa por la autorización para la exportación de bienes del patrimonio cultural español 260

10.1. Un tributo con larga tradición en la legislación española 260

10.2. Hecho imponible, sujeto pasivo y devengo. Incidencia del Derecho de la Unión Europea en la delimitación del presupuesto de hecho del tributo 262

10.3. Exenciones 267

10.4. Elementos de cuantificación: base imponible y tipo de gravamen 268

Página

10.5. Aplicación de la tasa y afectación de su producto a la adquisición de bienes culturales 271
10.6. Valoración crítica de esa figura: un tributo desnaturalizado y de fácil elusión en el contexto del mercado interior europeo 273
10.7. Propuestas de modificación 276
11. Análisis de una medida tributaria con incidencia sobre el tráfico de bienes culturales desde el exterior hacia España: la deducción por adquisición de bienes culturales en el extranjero para su repatriación 277
11.1. Ámbito de aplicación de este beneficio fiscal 278
11.2. Requisitos para la aplicación de la deducción 279
11.3. Valoración crítica. La escasa incidencia práctica de este beneficio fiscal 280
11.4. Propuesta de modificación 282
12. Breve alusión al pago de deudas tributarias mediante la entrega de bienes culturales: otro posible incentivo a la reintroducción de bienes culturales desde el exterior 283

TRIBUNALES COMPETENTES Y LEY APLICABLE A LA RESTITUCIÓN DE OBRAS DE ARTE ROBADAS 287
LAURA SAN ROMÁN GUTIÉRREZ
Emprendedora

Abreviaturas 287
1. Mecanismos de restitución de obras de arte robadas 292
1.1. Conceptos básicos 292
1.1.1. Restitución 292
1.1.2. Repatriación 294
1.1.3. Devolución 295
1.2. Antecedentes 295
1.3. Comparativa entre la Directiva 2014/60/UE y el Convenio de Unidroit de 24 junio 1995: semejanzas y diferencias 297
1.3.1. Introducción 297
1.3.2. Concepto de bien cultural 298
1.3.3. Ámbito de protección 299
1.3.4. Ámbito de aplicación espacial y temporal 301
1.3.5. Medidas de actuación 301
1.3.6. Demandas de restitución 303
1.3.7. Plazos 304
1.3.8. Acreditación de la diligencia del comprador 305

Página

1.3.9. Gastos relativos a la devolución del bien 305
1.3.10. Legislación que rige tras la restitución 306
2. La propiedad de las obras de arte que han sido objeto de robo 307
2.1. Competencia judicial internacional 307
2.1.1. Introducción 307
2.1.2. Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 308
A. El foro exclusivo de los derechos reales sobre bienes inmuebles 308
a. Tesis de la «lex fori» 310
b. Tesis de la «lex causae» o tesis «Schlosser» 310
c. Tesis de la interpretación autónoma del Reglamento 311
B. Los foros en materia de derechos reales sobre bienes muebles 311
a. Sumisión tácita 311
b. Sumisión expresa 312
c. Foro del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda 312
d. Foro del domicilio del demandado 313
C. Foros para adoptar medidas provisionales y cautelares 313
2.1.3. La LOPJ 314
2.2. Ley aplicable 314
2.2.1. Introducción 314
2.2.2. «*Lex rei sitae*» 316
A. Exégesis de la regla «Lex rei sitae» 316
a. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de su reivindicación 316
b. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento del robo 317
c. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de la adquisición 317
B. Problemas planteados por la aplicación de la «lex rei sitae» 317
a. Localización fortuita del bien cultural 317
b. Apreciación de la buena fe 318
c. La inalienabilidad del bien cultural 318
d. Usucapión 319
e. Prescripción extintiva 319
C. Excepciones a la «lex rei sitae» 320
a. El artículo 29 LPHE 320
b. El artículo 13 de la Directiva 2014/60 UE 322
3. Conclusiones 324
4. Bibliografía 333
5. Jurisprudencia 335

Página

O DIREITO DA ARTE. A CONSERVAÇÃO E RESTAURAÇÃO DA PINTURA NA PERSPECTIVA DO SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS 337

MARÍLIA DA COSTA

Jurista

Lista de abreviaturas 337

1. Introdução 338

2. Estudo da relação entre o Direito e a pintura 339

2.1. Quadro da delimitação do tema 339

2.2. Noções fundamentais 348

2.3. Âmbito de protecção legal e exemplos de pintura 353

3. Tutela jurídica da pintura em Portugal 358

3.1. Direito internacional 358

3.2. Direito europeu 370

3.2.1. União Europeia 370

3.2.2. Conselho da Europa 372

3.3. Direito português 374

3.3.1. O âmbito da tutela jurídica 394

4. Novas dinâmicas em evolução no Direito da arte 396

4.1. O direito e a arte em Espanha e sua relação com Portugal 396

4.2. Meios extrajudicias de resolução de conflitos 398

4.3. O papel das entidades públicas e privadas na protecção das obras de arte 401

4.4. O direito das gerações futuras de aceder à pintura 403

5. Conclusão 404

6. Bibliografia 405

UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO DEL ARTE EN LA ARGENTINA. LAS OBRAS DE ARTE Y LOS DERECHOS DEL ARTISTA 411

MARÍA PÍA ITURRALDE

Abogada / Agente de Propiedad

Listado de abreviaturas 411

Prólogo 412

1. Introducción. ¿Qué es arte para el derecho argentino? ¿Es relevante jurídicamente la clasificación de un bien como obra de arte? 413

2. Arte y patrimonio cultural 414

Página

2.1. Derecho aduanero. Importación y exportación de arte 414
2.2. Bienes culturales robados o exportados 417
2.3. Registro de patrimonio cultural: Ley 25.197/1999 419
3. Derechos del artista 420
3.1. La libertad de expresión 420
3.1.1. Introducción 421
3.1.2. La libertad de expresión artística 422
3.1.3. La garantía de libertad de expresión artística en la CNA 426
3.1.4. La libertad de expresión artística en la jurisprudencia 430
A. El Poder de Policía 431
B. La Libertad de Cultos – Invasión a la Privacidad – Ofensa a la Moral 434
3.2. La propiedad intelectual 441
3.2.1. Perspectiva histórica: la CNA 441
3.2.2. Principios generales en jurisprudencia y doctrina 444
A. Reflexiones 447
3.2.3. Naturaleza de los derechos de autor 448
A. De los derechos patrimoniales 448
B. De los derechos morales 449
3.2.4. Lineamientos generales de la Ley de Propiedad Intelectual 11.723/1933 452
3.2.5. Duración de los derechos – Formalidades 453
3.2.6. Distinción entre el objeto que contiene la obra y los derechos del artista 458
3.2.7. Obra-concepto 459
3.2.8. Requisitos para la protección 461
A. Fijación 461
B. Expresión e Ideas 464
C. Originalidad y módica cuota de creatividad 472
3.2.9. Reflexiones 477

ARTE, OBRAS Y DERECHOS DE AUTOR. REFLEXIONES EN TORNO AL ARTE Y A SU EVENTUAL PROTECCIÓN POR DERECHOS DE AUTOR CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS OBRAS PLÁSTICAS 481
CLARA RUIPÉREZ DE AZCÁRATE
Abogada

Abreviaturas y siglas 481
1. Introducción 482

Página

2. Obras de arte y derechos de autor 483
2.1. El contenido 483
2.2. El objeto: la obra 486
2.3. Obras de arte y obras protegidas por derechos de autor 490
3. Ideas, obras de arte y derechos de autor 497
3.1. Ideas y orígenes creativos 497
3.2. Derechos de autor e ideas 497
3.3. La difícil dicotomía idea-expresión 501
4. El margen de libertad creativa y las obras menores 505
4.1. El margen de libertad creativa 505
4.2. Las obras menores 507
5. Cuestiones intrascendentes en la determinación de obras protegidas 508
5.1. Cuestiones relacionadas con la obra 509
5.2. Cuestiones relacionadas con el autor 516
5.3. Cuestiones relacionadas con factores externos 517
6. Competencia para la catalogación del arte como obra protegida 518
6.1. Los autores 518
6.2. El público 519
6.3. Los peritos 519
6.4. Los jueces y tribunales 520
7. Conclusiones 521
8. Índice Bibliográfico 522

EL DELITO DE PLAGIO EN LA OBRA ARTÍSTICA: ANÁLISIS JURÍDICO-HISTÓRICO 537
Mª ÁNGELES CASABÓ ORTÍ
Abogada, Doctora en Derecho y Licenciada en Historia del Arte

Abreviaturas 537
1. Determinaciones previas. Delimitación del objeto de estudio 538
1.1. Breve descripción del funcionamiento del mercado del arte 540
1.2. El mercado del arte español 541
2. Concepto del plagio de obras artísticas. Su regulación en el Código Penal español 541

Página

2.1. El bien jurídico protegido 541
2.2. Elementos típicos del delito de plagio en obras artísticas 545
2.2.1. El ámbito del sujeto activo del delito: el autor del delito 548
2.2.2. El sujeto pasivo del delito; en especial, el autor de la obra 548
3. Conducta típica: modalidades, elementos y alcance de los verbos típicos 553
3.1. Plagiar obras artísticas 553
3.2. Reproducir 556
3.3. Distribuir 557
3.4. Transformación, interpretación 558
3.5. Ánimo de lucro 558
4. Objeto material del delito: obras artísticas 560
4.1. Delimitación del concepto 560
4.2. Concepto jurídico: normativa base aplicable 563
4.3. Concepto estético e histórico 570
5. Concepto de original, copia y otros conceptos afines 573
5.1. Concepto jurídico 573
5.2. Concepto estético e histórico 575
6. El resultado típico: «en perjuicio de tercero» 580
7. Relaciones de concurso 581
8. Conclusiones 582
9. Bibliografía 583
10. Hemerografía 585
11. Anexo 585

Prólogo

Este libro contiene el trabajo ganador del I Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte y los otros siete trabajos que el jurado (que tuve el honor de presidir y que estuvo formado, además, por Dña. Encarnación Roca Trías, D. Miguel Satrústegui Gil-Delgado, D. Juan Cadarso Palau y D. Juan E. Cambiaso) ha seleccionado para su publicación.

Se trata de artículos de gran calidad que –con originalidad y maestría– desarrollan algunos de los temas más destacados del mundo del arte, en concreto de las artes plásticas, campo en el que el Derecho desempeña un papel relevante.

El Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte fue convocado por la Fundación Profesor Uría con un doble objetivo: apoyar e incentivar los estudios jurídicos innovadores y de calidad sobre el mundo del arte en general, y honrar la memoria del prestigioso abogado y mecenas del arte Rodrigo Uría Meruéndano, Presidente en su día del Real Patronato del Museo Nacional del Prado y fundador y primer Presidente de la Fundación.

Rodrigo Uría no solo fue uno de los abogados más eminentes de España y Portugal, y cofundador y líder de la prestigiosa firma Uría Menéndez, sino también –como todos los grandes abogados– un hombre de cultura y apasionado del arte.

Esa pasión se inició en su niñez: su madre era pintora y su padre, un aficionado al arte. Rodrigo se relacionó con grandes artistas y, gracias a su intenso carácter, vivió con voracidad la belleza que el arte arroja sobre quienes se dejan cautivar por él.

Pero lo que realmente distingue a Rodrigo Uría y se encuentra en el origen de esta iniciativa es la estrecha relación que creó entre el Arte y el Derecho. Rodrigo, el jurista, y Rodrigo, el apasionado del arte, podrían haber coexistido sin haberse solapado.

Sin embargo, Rodrigo Uría se comprometió, con su talento de abogado, en la defensa de algunos de los más importantes casos del valioso patrimonio artístico de España.

En una conferencia que pronunció en Valencia el 14 de junio de 2007, con el sugestivo título de *Un abogado entre cuadros,* Rodrigo relató –con su legendario sentido del humor– su recorrido internacional para reconquistar para España el famoso lienzo de Goya *La Marquesa de Santa Cruz*.

Este lienzo, una de las más importantes obras de Goya, había salido de España de forma irregular por medio de falsificaciones de documentos que certificaban presuntas autorizaciones de entidades competentes españolas para su exportación.

El lienzo viajó clandestinamente desde Bilbao hasta Palma de Mallorca, y de ahí hasta Argentina, pasando por Zúrich, con sucesivas transacciones poco escrupulosas que terminaron en el paraíso fiscal de Bermudas y con el cuadro en propiedad de un *lord* inglés. En diciembre de 1984, el lienzo se incorporó al Museo Getty, en Malibú (California).

Dos años más tarde, el lienzo vuelve a aparecer en una subasta de Christie's, y el valor base de su licitación alcanza cifras astronómicas.

Rodrigo Uría utilizó toda su habilidad como jurista y abogado así como todos sus conocimientos sobre el mundo del arte, llegando incluso, a veces, a realizar tareas de detective, para recuperar aquel trofeo para el país de donde nunca debería haber salido. *La Marquesa de Santa Cruz* se expone hoy en día en el Museo del Prado como resultado de la labor incansable de Rodrigo y de la sabia intervención del entonces Ministro de Educación y Cultura, D. Javier Solana, quien le encargó el rescate de esta obra maestra.

Apenas terminada esa aventura, Rodrigo desempeña, una vez más, un papel primordial en uno de los más grandes emprendimientos del Estado español en beneficio del arte y de la cultura: la adquisición de la célebre Colección Thyssen-Bornemisza y su emplazamiento en Madrid.

Rodrigo relata su actuación en la revista *Arbor* (número CLXV, 649, enero de 2000, págs. 91-101), bajo el título de «Un relato: la colección Thyssen-Bornemisza en España», cuya lectura recomiendo.

Como era de esperar, la colección era codiciada por múltiples ciudades de distintos países, en concreto, Stüttgart, Bonn, París, la Fundación Getty de Malibú (California) y Londres.

La negociación, de la que fue destacado protagonista Rodrigo Uría, se alargó durante varios años, de 1986 a 1992, y culminó en un reconocido éxito. En resumen, como escribió Rodrigo sobre la larga y persistente actuación:

«No parece aventurado afirmar que la gran operación cultural relatada, en la que han estado implicados cuatro Ministros de Cultura socialistas y dos Ministros de Cultura pertenecientes al Partido Popular se ha convertido en un ejemplo admirable y admirado

internacionalmente de cómo incrementar el patrimonio histórico-artístico de una nación y, desde luego, en un modelo de gestión cultural que, respetando siempre el interés público, aplica criterios de actuación dinámicos e innovadores».

Al evocar estos dos momentos, que fueron hitos en la carrera de abogado de Rodrigo Uría, he querido destacar la pertinencia de la decisión de crear este premio en homenaje a la memoria del fundador de la Fundación Profesor Uría y, asimismo, demostrar la importancia y complejidad del papel de los juristas y abogados en materia de Derecho del arte a lo largo de los tiempos. Complejidad que, debido a las nuevas tecnologías y a las nuevas formas de arte, se ha ido acentuando, exigiendo de los juristas una actuación constante e imaginativa para que se puedan regular los distintos derechos en conflicto, sean los de los autores (propiedad intelectual), sean los de los propietarios físicos de las obras plásticas (propiedad material), o de los Estados donde se ubiquen las obras.

Además de estas cuestiones, los artículos seleccionados recogen temas jurídicos muy distintos, con análisis profundos de las soluciones adoptadas por el Derecho internacional, el Derecho europeo y los Derechos nacionales de varios países (con especial enfoque en España, Portugal, Argentina y EE.UU.).

Esta obra tiene gran interés no solo para juristas, sino también para todos los que trabajan con el arte: legisladores, responsables públicos y privados de la gestión de los museos, coleccionistas o comerciantes de bienes culturales. Estoy profundamente convencido de que esta monografía será un instrumento muy útil. Además, este libro será también un estímulo para nuevos trabajos sobre el amplio tema del Derecho del arte, especialmente para los candidatos de las futuras ediciones del Premio Rodrigo Uría Meruéndano.

Citando al ganador de la 1ª Edición del Premio, Rafael Sánchez Aristi: «*La propiedad intelectual está en crisis; pero lo verdaderamente destacable no es que la propiedad intelectual está en crisis ahora sino que lo ha estado siempre, casi me atrevería a decir que se trata de una propiedad estructuralmente condenada a estar en crisis».*

Por tratarse de un ámbito en crisis permanente, los juristas deben desarrollar una constante innovación en la búsqueda de mejores soluciones para la conservación de los bienes materiales e inmateriales en los que el arte y la cultura se desarrollan, para contribuir de esta forma a nuestra felicidad.

DANIEL PROENÇA DE CARVALHO
Abogado
Lisboa, mayo de 2015

La propiedad trenzada. El juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte

RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI

Profesor Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

Trabajo ganador de la primera edición del "Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte"

SUMARIO: 1. LO MATERIAL Y LO INMATERIAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 2. LA PROXIMIDAD DE LA OBRA A SU SOPORTE EN LAS OBRAS PLÁSTICAS. 3. UNA CURIOSA RELACIÓN DE VECINDAD. 4. LA DISOCIACIÓN ENTRE MATERIA Y ESPECIE DURANTE LA FASE DE ELABORACIÓN DE LA OBRA. 5. LA PLASTICIDAD DE LA MATERIA. MATERIALES DURADEROS Y EFÍMEROS. 6. LA *MATERIA* DEL CREADOR FOTOGRÁFICO. 7. LOS ÚTILES DE TRABAJO. 8. LOS MATERIALES. 9. LAS REGLAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE ACCESIÓN. 10. LA ESPECIFICACIÓN QUE DA COMO RESULTADO UNA OBRA INTELECTUAL ORIGINAL. 11. ¿ESPECIFICACIÓN O DAMNIFICACIÓN? 12. ¿ACCESIÓN INTELECTUAL INMOBILIARIA? 13. ¿DE QUIÉN SON LOS GRAFITIS? ¿SE PUEDE BORRAR UN GRAFITI? 14. CUANDO NO ES BUENA IDEA BORRAR EL GRAFITI. 15. MATERIALES ABANDONADOS. 16. MATERIALES EN EL DOMINIO PÚBLICO. 17. ¿DE QUÉ SE APROPIA LA FOTOGRAFÍA? 18. DE LA REUNIÓN A LA DESUNIÓN: SEPARACIÓN DE LO MATERIAL Y LO INMATERIAL TRAS LA CREACIÓN DE LA OBRA. 19. LA ENAJENACIÓN DEL ORIGINAL DE UNA OBRA PLÁSTICA: ALGO DE LA OBRA SE MARCHA CON SU SOPORTE. 20. LA ENAJENACIÓN DEL ORIGINAL DE UNA OBRA PLÁSTICA NO DIVULGADA. 21. LA RETENCIÓN POR EL AUTOR DEL ORIGINAL DE LA OBRA DE ARTE: ALGO DE LA OBRA SE MARCHA SIN SU SOPORTE. 22. LA ENAJENACIÓN DEL ORIGINAL DE UNA OBRA PLÁSTICA: LO QUE NUNCA SE MARCHA CON EL SOPORTE. 23. EN PARTICULAR, EL DERECHO DE ACCESO AL EJEMPLAR ÚNICO O RARO DE LA OBRA. 24. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN EL PRECIO DE REVENTA DE LA OBRA. 25. DERECHO MORAL DE INTEGRIDAD *VERSUS* DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SOPORTE ORIGINAL DE LA OBRA. 26. EL DESMONTAJE DE LA OBRA. 27. EL CAMBIO DE EMPLAZAMIENTO DE LA OBRA *(SITE-SPECIFIC WORKS).* 28. LA AMPLIACIÓN O ENSAMBLAJE DE LA OBRA CON ELEMENTOS AJENOS A ELLA. 29. EL DESPLAZAMIENTO DE LA OBRA MOTIVADO POR EL CAMBIO DEL ENTORNO QUE LA RODEA. 30. EL TRANSPORTE NEGLIGENTE DE UNOS CUADROS: ¿MENOSCABO DE LA OBRA O DE SU SOPORTE? 31. SE ME HA PERDIDO SU OBRA, HÁGAME UN DUPLICADO. ¿UNA SOLA OBRA CON DOS *CORPUS MECHANICUM*? 32. UNA CASA DEMASIADO PEQUEÑA PARA DOS HUÉSPEDES. CUANDO EL MISMO OBJETO MATERIAL SIRVE DE SOPORTE A DOS *CORPUS MYSTICUM*. 33. EL EXTRAÑO CASO DEL ECCE HOMO DE BORJA Y MR. HYDE. ¿RESTAURACIÓN, DEFORMACIÓN O TRANSFORMACIÓN? 34. EPÍLOGO. 35. BIBLIOGRAFÍA.

1. LO MATERIAL Y LO INMATERIAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Probablemente, uno de los principios más básicos en el ámbito de la propiedad intelectual sea el de la separación entre los planos material e inmaterial: la propiedad intelectual recae sobre bienes de naturaleza inmaterial, los cuales se manifiestan al mundo físico a través de soportes materiales, sean éstos tangibles (*v. gr.* un pliego de papel) o intangibles (*v. gr.* un discurso oral)[1]. Cualquier estudiante que se aproxime por vez primera a la materia, será convenientemente instruido en la diferencia entre el llamado *corpus mysticum* (la obra o bien inmaterial) y el *corpus mechanicum* (soporte físico o material de la misma)[2].

Es asimismo un tópico referirse a que la titularidad sobre la obra no envuelve la propiedad sobre el soporte y viceversa, el dueño de este último no tiene por qué ostentar los derechos de propiedad intelectual sobre la obra. Sin la separabilidad entre la obra y su(s) soporte(s), y por añadidura entre los derechos sobre ambos, no podrían concebirse derechos de explotación como el de distribución, que implica el acceso del público a ejemplares de la obra; ni límites a los derechos, como el de

1. Este principio tiene reflejo en el artículo 10.1 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), cuando señala que «[S]on objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas, expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible (...)». En el plano internacional, se desprende del juego de los apartados 1 y 2 del artículo 2º del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. En ellos se define el término «obras literarias y artísticas» indicando que comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, enumerando a continuación tanto obras plasmadas por escrito (libros folletos) u obtenidas por procedimientos que implican una fijación o materialización (grabados, litografías, fotografías, mapas, planos), como otras de naturaleza oral o intangible (conferencias, alocuciones, sermones, coreografías, pantomimas). En su célebre *Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droit Voisins sur le Monde,* Colombet señala que la obra, si bien existe y es completa en la imaginación de su autor, necesita ser fijada por escrito o bajo otra forma material para beneficiarse del derecho de autor. La obra es creación intelectual y no cosa material, pero sólo logra la protección cuando es expresada bajo una forma material. *Vid.* Colombet, C.: *Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droit Voisins sur le Monde,* UNESCO, 1987, p. 13.
2. En palabras de Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Manual de propiedad intelectual,* 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, Tema 1, sub § 2.2: «[U]na característica esencial del derecho de autor es que tiene por objeto un bien inmaterial, la obra, que no se identifica con su soporte material o de cualquier otro tipo, aunque necesite del mismo para existir y/o para no desaparecer de inmediato; y, por supuesto, también para poder ser explotada. Un cuadro no llega a existir si no queda plasmado en un lienzo o soporte similar. (...). Hay que distinguir pues entre la obra, bien inmaterial, y su incorporación a un soporte. El derecho de autor recae sobre la obra y no directamente sobre el soporte, por muy dependiente que sea la obra del soporte. La doctrina distingue entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum* de la obra como conceptos autónomos. Pues bien, el derecho de autor tiene por objeto aquél, sin perjuicio de que ello tenga consecuencias también para el *corpus mechanicum* de la obra, en función de la naturaleza de la obra y de las circunstancias que concurran en su difusión» (pp. 20-21).

copia privada, basado en la idea de que el adquirente de un ejemplar de una obra puede efectuar una reproducción de la misma para su uso privado. En general, toda la arquitectura de los derechos de autor se cimenta, de forma más o menos directa, sobre este principio, según el cual obra y soporte no deben confundirse, ni tampoco las respectivas propiedades sobre ellos: intelectual la una, ordinaria la otra[3].

Pero la separación es también interrelación. Como los gemelos que en la distancia geográfica permanecen secretamente vinculados, la obra y su soporte se escinden para continuar de algún modo unidos, o al menos conectados. De hecho, el plano material y el inmaterial resultan estar más próximos de lo que *a priori* aparentan. El autor que realiza un contrato de edición está obligado a entregar el original de la obra al editor (artículo 65.1º LPI), pues de otro modo difícilmente podría éste cumplir su cometido de reproducir y distribuir la obra en ejemplares. El artículo 14.7º LPI reconoce al autor el derecho a acceder al ejemplar único o raro de su obra para poder ejercitar el derecho de divulgación u otro que le corresponda. El derecho de distribución evidencia hasta qué punto la propiedad intelectual penetra en la esfera de lo material, al otorgar a los autores un control sobre la venta, alquiler y préstamo de los ejemplares de sus obras, ejemplares cuya propiedad ordinaria, naturalmente, no les corresponde. La ubicación material del soporte físico de una obra puede condicionar enormemente el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual sobre ella: si la obra está situada permanentemente en un parque o vía pública, su autor no podrá impedir que el público en general la reproduzca, distribuya y comunique públicamente (artículo 35.2 LPI). En fin, por no agotar todos los ejemplos, nótese la importancia de que conste el nombre, firma o signo del autor en la obra (léase, en su soporte original o en las copias posteriores), ya que esa plasmación será la que permita poner en juego la presunción de titularidad [de propiedad intelectual] a la que se refiere el artículo 6º.1 LPI. El ir y venir de la obra al soporte y del soporte a la obra es constante, en una legislación que, a menudo, tiende a designar a uno bajo la denominación del otro[4].

---

3. Como dice el artículo 3º.1º LPI, «[L]os derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con:// 1º La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual».
4. Lo hace el propio artículo 6º.1 LPI, al referirse a la aparición del nombre, firma o signo identificativo del autor «en la obra», cuando más propiamente debería decir «en el soporte o soportes de la misma». Ídem, el también mencionado artículo 65.2º LPI, que señala que el autor deberá entregar al editor en forma y tiempo oportunos «la obra objeto de la edición», siendo claro que lo que habrá de entregar es el manuscrito o soporte originario de la misma, como se constata por cierto en el artículo 64.6º LPI, en el que se incluye la obligación respectiva del editor de «restituir al autor el original de la obra, objeto de la edición, una vez finalizadas las operaciones de impresión y tirada de la misma». Del mismo modo, al enunciar el primer bloque de creaciones literarias, artísticas o científicas susceptibles de protección, el artículo 10.1.a) LPI comienza aludiendo a los «libros, folletos, impresos (...)», términos éstos que evocan no tanto categorías o géneros de obras intelectuales, cuanto tipos o clases de soportes materiales de las mismas.

No son pues, el material y el inmaterial, dos mundos tan distantes, antes al revés el estudio de la propiedad intelectual pone de manifiesto la existencia de una continuidad entre ambas esferas. La inmaterialidad, esa nota peculiar de los objetos protegidos por la propiedad intelectual, aparece a fin de cuentas como una declinación asociada a ciertos objetos materiales, siempre que aceptemos la convención de que, por virtud del acto de creación, éstos pasan a adquirir una nueva dimensión que trasciende su configuración meramente física. La propiedad intelectual descansa sobre una abstracción, un salto conceptual dado a partir de la realidad de los objetos tangibles en que se plasman las creaciones y demás bienes intelectuales: existe porque estamos dispuestos a reconocer que cierta combinación de elementos materiales adquiere un estatus superior que se eleva más allá de la suma de los ingredientes que la componen.

La historia nos enseña que esa evolución conceptual no se dio hasta los albores de la Edad Moderna, que ni siquiera un pueblo tan avanzado jurídicamente como el de los antiguos romanos fue capaz de diferenciar con nitidez la titularidad sobre el soporte de una obra y la obra en tanto bien inmaterial, que hubo que esperar a que apareciese un medio de reproducción a gran escala, como fue la imprenta, para que ambos planos comenzaran a disociarse. La disociación se produjo de forma más veloz y radical en el ámbito de las obras susceptibles de ser reproducidas mediante la imprenta (obras literarias y musicales básicamente), siendo menor el impacto que la invención de la imprenta causó en el campo de las obras plásticas, aunque con el tiempo también éstas pasaron a entrar en la órbita de la reproducibilidad[5].

Sin embargo, a pesar de esa disociación, que es sin duda la causa que está en la base de la aparición de una específica protección para la obra del ingenio en tanto bien inmaterial, la continuidad entre la obra y su soporte nunca ha llegado

5. Como explica W. Benjamin, la reproducibilidad técnica de la obra de arte superó la más rudimentaria reproducibilidad que siempre había sido posible a través de la imitación. Esa reproducibilidad técnica, que se ha impuesto intermitentemente a lo largo de la historia, con largos intervalos, comenzaría con el grabado en madera, mejorado a partir de la Edad Media con el grabado en cobre y el aguafuerte, alcanzando un nivel completamente nuevo con la litografía a partir de comienzos del siglo XIX, que dio a la gráfica por primera vez la posibilidad de que sus productos fueran llevados al mercado a escala masiva, en creaciones que se renovaban día a día. Según Benjamin, «gracias a la litografía, la gráfica fue capaz de acompañar a la vida cotidiana, ofreciéndole ilustraciones de sí misma», si bien casi en sus comienzos, apenas pocos decenios después de su invención, la litografía sería superada por la fotografía. Y sentencia: «Hacia mil novecientos la reproducción técnica había alcanzado un estándar tal, que le permitía no sólo convertir en objetos suyos a la totalidad de las obras de arte heredadas y someter su acción a las más profundas transformaciones, sino conquistar para sí misma un lugar propio entre los procedimientos artísticos». *Vid.* Benjamin, W.: *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica* (trad. de Andrés E. Weikert a partir de sus Obras Completas), Ítaca, México, 2003, pp. 39-41.

a quebrarse por completo, pues la obra no puede prescindir de alguna clase de sustrato físico para manifestarse en el mundo de los sentidos, con independencia del carácter más o menos perdurable o tangible del mismo. De aquí por cierto que no resulte traumática la asimilación de la propiedad intelectual a la ordinaria, o la traslación a aquélla –*mutatis mutandis*– de las categorías dogmáticas propias de ésta. En este sentido, resulta significativo que, tras una primera etapa de protección a través de instrumentos jurídicos rudimentarios como son los privilegios de impresión, la protección de los autores no tardase en articularse mediante la asignación de un derecho subjetivo de tipo propiedad. Como muestra de ello puede verse nuestro artículo 429 CCiv, el cual ordena aplicar las reglas generales sobre la propiedad ordinaria establecidas en el propio Código a los casos no previstos ni resueltos por la Ley especial sobre propiedad intelectual[6]. Bajo semejante mandato subyace la idea de que, pese a las diferencias evidentes entre una y otra clase de bienes[7], y entre uno y otro tipo de propiedad, el instrumental concebido para la propiedad ordinaria sobre los bienes materiales es extrapolable en líneas generales a la propiedad intelectual sobre las obras del espíritu[8].

---

6. En correspondencia con el artículo 429 CCiv, la Ley de Propiedad Intelectual se remite de forma expresa al Código civil y otras normas complementarias en diversas ocasiones. Así, el artículo 7º.4 LPI traza una remisión a las normas del Código Civil en sede de comunidad de bienes a fin de completar, en lo no previsto, el régimen de las obras en colaboración; el artículo 42 LPI habla de la admisión de «cualquiera de los medios admitidos en derecho» para operar la transmisión *mortis causa* de los derechos de autor; el artículo 53 LPI considera hipotecables los derechos de autor «con arreglo a la legislación vigente»; los artículos 69 y 82 LPI admiten que la extinción de los contratos de edición y representación teatral respectivamente pueda producirse «por las causas generales de extinción de los contratos»; la disposición transitoria 14ª se remite a su vez a las transitorias del Código Civil.
7. Que nadie pretende ocultar. Los elementos diferenciales más relevantes, además de la distinta naturaleza del objeto sobre el que cada una de esas propiedades recae, tienen que ver con la temporalidad de la propiedad intelectual frente a la perpetuidad de la ordinaria –así como la imposición de límites legales específicos y de mayor alcance relativo en el campo de la propiedad intelectual–, con el modo originario de adquisición (creación), que es exclusivo y excluyente de la propiedad intelectual, y con la pauta de aprovechamiento económico de la misma, que no se basa en el goce y disfrute directo por parte del titular sino en la facultad de impedir cualquier clase de actividad con terceros que implique la explotación de la obra (*ius prohibendi).*
8. Dice Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Manual de propiedad intelectual,* 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, Tema 1, sub § 2.3, que toda propiedad, cualquiera que sea la naturaleza de su objeto, consiste en un derecho de exclusiva: «su titular es el único que puede disfrutarla y explotarla. De manera que puede prohibir su utilización a cualquier sujeto, y puede autorizarla a quien quiera y en los términos que quiera. Un derecho de exclusiva es un derecho de autorizar y prohibir. El propietario de un coche o de un apartamento puede prohibir o autorizar su uso a unas u otras personas, además de disfrutarlo el mismo. La inmaterialidad de la obra no es obstáculo para poder afirmar lo mismo de su propietario (...). Ahora bien, mientras que el disfrute del coche o del apartamento en cada momento queda limitado a una persona o, a lo sumo, a un

2. LA PROXIMIDAD DE LA OBRA A SU SOPORTE EN LAS OBRAS PLÁSTICAS

Si el binomio separabilidad/interrelación entre los planos material e inmaterial es una constante general en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines, las implicaciones que de él derivan hallan su manifestación más clara en el sector de las obras plásticas, al alcanzar en ellas el hermanamiento entre la obra y su soporte mayor intensidad que en ninguna otra área, hasta el punto de que es frecuente afirmar que la destrucción del soporte original de una de estas obras equivale a la destrucción de la obra misma; lo que –con independencia de cuánto de verdad haya en esa afirmación– nadie piensa ante la eventual destrucción o pérdida del manuscrito de una obra musical o literaria, por el simple hecho de tratarse del ejemplar originario de la misma[9].

En este sentido, es clásico mencionar el singular relieve que en el campo de las artes plásticas cobra el goce o disfrute directo del soporte original de la obra, pudiéndose decir que la contemplación en vivo del original es esencial o connatural a este tipo de obras[10]. La autenticidad, el «aura» que rodea al ejemplar original o auténtico alcanza en las obras plásticas tal magnitud[11], que la suerte del origi-

número reducido de ellas, en cambio, el disfrute de una obra, debido a su inmaterialidad y a su consiguiente ubicuidad, puede producirse al mismo tiempo por un número ilimitado de personas» (p. 22).

9. Son muchas las obras del lenguaje alfabético o musical de las cuales no se conservan –y si se conservan, no se explotan ni se divulgan– los ejemplares originarios o manuscritos sobre los que trabajó directamente el escritor o el compositor. Pueden tener gran valor bibliográfico o musicológico, pueden acaso constituir un fetiche para los admiradores del autor en cuestión, y adjudicarse por precios astronómicos en las casas de subastas internacionales (igual que se cotiza el reloj de pulsera de un cantante famoso, o el paraguas que perteneció a una inolvidable actriz), pero su posesión, conservación, divulgación, destrucción y demás actos que puedan afectarles carecen por lo general de implicaciones para la propiedad intelectual.

10. Aunque hay que admitir que esta afirmación depende del tipo de obra plástica, y que en absoluto significa que las obras plásticas sólo puedan explotarse mediante la exhibición directa ante el público de su soporte original o matriz. También hay que admitir que la esencialidad de la contemplación directa de la obra de arte está vinculada a valores culturales más que estéticos, como observa agudamente Casas: «Todos sabemos que un buen libro, colección de láminas o vídeo, permite deleitarse con los frescos de Miguel Ángel y apreciarlos con un detalle que difícilmente puede lograrse recorriendo la Capilla Sixtina, con unos prismáticos y la nuca dolorida, arrastrado por una riada de turistas. (...). A pesar de ello, proclamamos como evidencia irrefutable que *no es lo mismo* y que sólo quien ha estado en el Vaticano (...) puede decir (...) que ha visto realmente el *Juicio Final* (...). Hay que reconocer que la afirmación se ajusta a la verdad, pero no debemos engañarnos (...)». *Vid*. Casas Vallés, R.: «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI: bases teóricas», en *Derechos del artista plástico* (Coord. A. Bercovitz), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 81.

11. Lo explica bien G. Bercovitz, al señalar que esa especial aura le viene dada al original de la obra plástica por la «historia de producción» del mismo, por su autenticidad, es de-

nal es en gran medida la suerte de la obra, y que el autor plástico obtiene en buena dosis su provecho a través de la explotación que tiene lugar mediante la comercialización de ese ejemplar matriz, normalmente por vía de su exposición pública o su enajenación onerosa, esta última unida a las ulteriores reventas del mismo[12].

En la misma línea, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas de la creación intelectual, la adquisición de la propiedad sobre el soporte original de una obra plástica (o fotográfica) puede acarrear, siquiera sea parcialmente, la titularidad de algún derecho de propiedad intelectual, probablemente porque el legislador es consciente de que en este campo la simbiosis entre la obra y su soporte es de tal magnitud que no procede mantener a ultranza la regla general de que la adquisición de la propiedad sobre el segundo no comporta la adquisición de ningún derecho de propiedad intelectual sobre la primera[13]. En fin, tal es el grado de identificación entre la obra plástica y el soporte en el que se materializa, que hasta los términos para referirse a ellos resultan ambiguos: si se dice «una pintura», «una escultura», incluso «un cuadro», no es posible inferir de manera definitiva si el hablante está refiriéndose a la obra como bien inmaterial o al soporte material de la misma. Es necesario emplear el término «obra» frente a «soporte», o en su caso «original»[14], para aclarar el matiz. La imbricación entre el soporte y la obra

---

cir, por el hecho de que se trata del objeto físico sobre el que determinado artista plástico ha trabajado con sus propias manos. Sin embargo, advierte este autor frente a la idea de identificar la obra plástica con su soporte original. Si así fuera, «los derechos reales tradicionales bastarían para proteger el ejemplar único» (p. 70). Más adelante añade: «la expresión no se identifica con la forma; la creación intelectual no está encerrada en la cosa a través de la cual se ha manifestado, sino que la trasciende» (p. 71). En suma, el mayor valor del original no depende de que la obra plástica no pueda ser reproducida, lo cual puede hacerse en la actualidad de manera casi perfecta. *Vid.* Bercovitz Álvarez, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor,* Tecnos, Madrid, 1997, pp. 70-74.

12. Como dice Concepción Rodríguez, J. L.: «Los derechos del autor sobre la obra plástica», *Cuadernos de Derecho Judicial,* nº XIII, CGPJ, Madrid, 2001, p. 38, «la peculiaridad de la obra plástica, incorporada a un soporte material con el que acaba formando un todo indivisible, impide a su autor acogerse a un sistema de *royalties* (como sucede en las obras musicales o literarias) y participar, de ese modo, en la sucesiva revalorización o plusvalía que experimente con el transcurso del tiempo, por cuanto el autor pierde, en principio, los derechos (patrimoniales) que ostenta sobre su creación una vez que la misma ha salido, por cualquier acto traslativo, de su órbita dominical».
13. Dicha regla está enunciada en nuestro ordenamiento en el artículo 56.1 LPI: «El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última».
14. Con el inconveniente añadido de las connotaciones que por su parte tiene este vocablo en el ámbito de la propiedad intelectual. La ambivalencia de este término induce a confusión al propio legislador: *vid.* artículo 1 de la Ley 3/2008, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, el cual indica que los ejemplares de obras de arte realizados por el propio autor o bajo su autoridad recibirán la consideración de «obras de arte originales», cuando debiera decir de «originales de obras de arte». Claro que la confusión viene inducida por lo dispuesto en el artículo 2º

se aprecia también en las obras fotográficas, aunque con menor intensidad, dada su natural reproducibilidad.

La Ley ofrece diversas muestras de la interrelación entre la propiedad ordinaria y la propiedad intelectual en el sector de las obras plásticas (y fotográficas)[15]. La más clara de ellas es el artículo 56.2 LPI, según el cual el propietario del original de una obra plástica o fotográfica, tendrá el derecho de exposición pública de la misma, aun cuando no se encontrase divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original.

Un segundo ejemplo sería el derecho de participación o *droit de suite,* regulado actualmente por la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original[16]. En virtud de esta regulación, la reventa del soporte de una obra plástica puede rendir al autor o a sus herederos un beneficio en forma de porcentaje sobre el precio de dicha reventa. La norma parece fundarse en la idea de que la reventa del soporte implica de algún modo una *explotación* de la obra –*rectius,* el aprovechamiento de su valor por parte de quien no es titular más que de su *corpus mechanicum*–, por lo que es legítimo que el autor tenga parte en ese aprovechamiento. Al mismo tiempo, el reconocimiento legal del *droit de suite* es la mejor muestra de que uno de los grandes mercados de la obra plástica es precisamente el de las sucesivas enajenaciones de su soporte original, las cuales no pueden controlarse con base en el derecho exclusivo de distribución, dado el agotamiento de éste tras la primera venta hecha con consentimiento del autor (artículo 19.2 LPI).

Otros preceptos que también son indicativos de esta interrelación, si bien están formulados en la Ley con carácter genérico, tienen en las obras plásticas su campo natural de aplicación. Tal es el caso del mencionado artículo 35.2 LPI, que permite la libre reproducción, distribución y comunicación pública de obras situadas permanentemente en parques y vías públicas; las cuales, cabe presumir, serán

---

de la Directiva 2001/84/CE, que ya para empezar se denomina «relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una *obra de arte original*», título que por arrastre ha empleado también nuestro legislador.

15. La interrelación, dicho sea de paso, también puede darse entre la propiedad intelectual sobre obras de las artes plásticas y la propiedad industrial: marcas y diseños toman como base en múltiples ocasiones un elemento que constituye objeto de propiedad intelectual a favor de un creador plástico. Se trata, sin duda, de un tema apasionante, pero que no constituye objeto de este estudio. Recuérdese que el artículo 3º.2 LPI proclama también la independencia, compatibilidad y «acumulabilidad» de los derechos de autor y los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra. Sobre el tema, véase Bercovitz Álvarez, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor,* Tecnos, Madrid, 1997, pp. 57-59 y 157-177.
16. Este derecho se hallaba inicialmente regulado en el artículo 24 LPI, el cual ha quedado sin contenido tras la aprobación de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, por la que se traspuso la Directiva 2001/84/CE, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

casi siempre obras plásticas. Lo mismo puede decirse, aunque quizás con menor contundencia, de la norma del artículo 14.7 LPI, que prevé el derecho de acceso del autor al ejemplar raro o único de la obra a fin de poder ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Asimismo, a las obras plásticas reserva el artículo 20.2 LPI una modalidad específica de comunicación pública en la que también se vislumbra la importancia que en este sector tiene la relación directa del público con el soporte material de la obra, a saber, «la exposición al público de obras de arte o de sus reproducciones»[17].

La práctica nos brinda asimismo multitud de ejemplos en los que está en juego la tensión entre la obra plástica y su soporte, y más concretamente entre la titularidad sobre la una y la propiedad ordinaria sobre el otro. Por lo general, los casos que han llegado hasta los tribunales son aquéllos en los que la obra sufre algún tipo de trauma vinculado a las vicisitudes por las que atraviesa su soporte, en función de decisiones que el propietario de éste adopta con alcance suficiente como para repercutir en el plano inmaterial. Escenarios tales como el desmontaje de la obra, su cambio de ubicación, la ampliación o ensamblaje de la misma, el derribo o demolición del elemento material que la soporta, el extravío o menoscabo del *corpus mechanicum* o la remoción de la obra plasmada en éste, ponen frente a frente los derechos del autor y los del propietario del soporte, permitiendo ver cuál de ellos prevalece o se sacrifica en una menor medida en función de diversas circunstancias.

En algún caso, sin embargo, la problemática enfrenta internamente a cotitulares de derechos de autor, que a su vez son copropietarios del *corpus mechanicum,* cuando uno de ellos, poseedor de éste, toma en solitario una decisión que afecta al plano inmaterial. En 1991 algunos herederos de D. Lorenzo Coullaut Valera, autor del monumento a Cervantes sito en la Plaza de España de Madrid, compuesto por las figuras de Don Quijote y Sancho Panza, interpusieron una demanda contra otro de los herederos que, merced a una serie de transmisiones intrafamiliares, estaba en posesión del boceto original en yeso de las esculturas y que lo había empleado unilateralmente para hacer una fundición en bronce del mismo (lo que produjo la destrucción del boceto primigenio), el cual vendió después, junto a los derechos de explotación sobre la obra, a una empresa que realizó 499 copias de la misma para sus clientes. Los demandantes ejercitaban una acción reivindicatoria sobre el boceto original de las esculturas, al tiempo que solicitaban que se declarasen sus derechos de explotación sobre la obra, se anulase el contrato

17. Bien es cierto que también cabe imaginar la exhibición de una obra de otro tipo (mejor dicho, del soporte original de la misma, o una copia que contenga alguna rareza o peculiaridad añadida a la propia obra –ejemplares dedicados o en posesión de un personaje singular–), pero la «exposición al público» *stricto sensu* es una modalidad de explotación concebida exclusivamente para las obras plásticas, a lo sumo extensible a las obras fotográficas, si nos atenemos a la norma del artículo 56.2 LPI, que presume la cesión de esta modalidad de explotación únicamente con motivo de la adquisición de la propiedad sobre el soporte de estas dos clases de obras.

de explotación que el demandado había concertado en solitario, y se condenase al demandado –junto con su contraparte contractual– al pago de una indemnización por infracción tanto de derechos de explotación como del derecho moral de divulgación.

El caso se resolvió por Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 20 de febrero de 1998 (RJ 1998, 971), la cual dispuso, en lo que aquí interesa, que la acción reivindicatoria sobre el soporte de la obra no podía prosperar por cuanto el objeto reivindicado (molde original en yeso) ya no existía, si bien el derecho de propiedad sobre el molde de una escultura, o sobre la única copia existente del mismo, no debía confundirse con el derecho de autor sobre la obra, por lo que la legítima posesión o propiedad del *corpus mechanicum* no atribuía a su titular ningún derecho de propiedad intelectual. Ello significaba que los demandantes tenían derecho a que se les resarciera por la infracción de sus derechos de autor, al haber sido ordenada y realizada la explotación de la obra sin contar con su consentimiento[18].

3. UNA CURIOSA RELACIÓN DE VECINDAD

El juego de poderes del autor de la obra y el del dueño del soporte, al modularse de forma recíproca, configuran lo que podría llamarse una «relación de vecindad», con la gran peculiaridad, claro está, de que esta vecindad se produce entre dos propietarios cuyos bienes son de naturaleza heterogénea; y todo ello supuesto que ambas figuras se encuentren disociadas subjetivamente, bien porque el autor realiza su obra empleando materiales ajenos, bien porque tras la creación de la obra decide enajenar el soporte de la misma y/o todos o algunos de los derechos de explotación sobre ella.

Esta relación tiene en primer lugar una dimensión estática, definida por el estatus que cada uno de esos dos propietarios ostenta con respecto al objeto perteneciente a su *colindante*. La razón de ser de esta cohabitación radica sobre todo en la existencia de los derechos morales, que el autor retiene en su poder a pesar de haber enajenado el soporte de la obra e incluso de haber cedido derechos de explotación sobre la misma. En ejercicio del derecho moral previsto en el artículo 14.7º LPI, por ejemplo, el autor puede forzar a que el dueño del soporte le franquee el acceso al ejemplar de la obra para que aquél pueda llevar a cabo la

18. El asunto tenía algunas otras implicaciones, que vienen menos al caso, a propósito del derecho moral de divulgación: sobre si lo habría ejercitado ya el escultor cuando se presentó en 1915 al concurso en el que su obra resultó premiada, sobre si la divulgación de la escultura monumental equivalía a la del boceto originario y sobre quiénes debe entenderse que están legitimados *post mortem auctoris* para ejercitar el derecho moral de divulgación. Sobre todos estos aspectos, cabe remitir al comentario a la Sentencia de Bercovitz Rodríguez-Cano, R., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 46 (enero-marzo 1998), pp. 415-436.

divulgación de la obra o ejercitar algún otro derecho; por su parte, como consecuencia de ciertas intervenciones del propietario del soporte, podría verse comprometido el derecho del autor a exigir el respeto a la integridad de la obra o el reconocimiento de su paternidad intelectual. Observando en detalle esta clase de accidentes se podría cartografiar todo un atlas tanto de los actos que puede realizar el autor sobre su obra con capacidad para afectar a la propiedad ordinaria sobre el soporte, como de los actos que puede efectuar el dueño del soporte aptos para repercutir en la esfera de los derechos que el autor conserve sobre la obra.

Pero si se profundiza un poco más en el examen de esta relación, descubrimos que el influjo recíproco que cada una de esas propiedades, colocada en situación de proximidad respecto de la otra, puede ejercer sobre su vecina, posee también una dimensión dinámica, de tal forma que bajo determinadas circunstancias cualquiera de las dos puede atraer hacia su órbita la titularidad sobre el objeto de la otra. Ciertamente, este juego de mutuas atracciones no funciona con la misma intensidad en ambas direcciones –es la propiedad ordinaria la que, como veremos, genera un magnetismo de mayor alcance–, al tiempo que opera de diverso modo en función de la cronología de la obra: en la fase de creación es la propiedad intelectual la que puede llegar a atraer hacia sí la propiedad ordinaria, mientras que en la fase de comercialización de la obra ya creada sucede lo contrario: la propiedad ordinaria ejerce una potente *vis attractiva* sobre la intelectual, lo que se explica por la necesidad de que la parte inmaterial del tándem aporte valor económico al *corpus mechanicum*.

Como es lógico, este equilibrio entre propietarios vecinos se verá modulado por el juego de la autonomía de la voluntad, de forma que cuando un título contractual se introduce entre ambos a modo de cuña, habrá que estar como regla primeramente a los efectos procedentes de las obligaciones contractualmente asumidas, y sólo en su defecto a los efectos mínimos derivados, por fuerza de la ley, de la mera relación de vecindad. Estos efectos operan en unos casos a través del expediente de la accesión, y en otros merced a la presunción legal de cesión *iuris tantum* de derechos de explotación.

4. LA DISOCIACIÓN ENTRE MATERIA Y ESPECIE DURANTE LA FASE DE ELABORACIÓN DE LA OBRA

En un primer estadio, si nos situamos en la fase que precede a la creación o consecución de la obra y partimos del presupuesto de que el factor material y el inmaterial no son aportados por el mismo sujeto, observamos un escenario que puede tener como protagonistas al propietario de la materia llamada a ser modulada hasta convertirse en obra, y al autor que se sirve de esa materia ajena para crear su obra[19].

19. Obviamente, si quien aporta el material es el mismo sujeto que realiza la labor intelectual creativa, no habrá fragmentación inicial de propiedades que pueda tender a la ulterior reunión o concentración.

La relación entre el plano material y el inmaterial nos trasladaría aquí a problemas que tienen que ver con la accesión de un objeto al otro. Lo que se tratará de determinar es a quién procede atribuir la propiedad sobre el resultado, si el autor de la especie hace suyo el material, y en su caso bajo qué condiciones, o si por el contrario corresponde al propietario de los materiales hacerse con la propiedad intelectual sobre la obra, neutralizando de ese modo la adquisición por vía de creación[20]. Como variante, contemplaremos la hipótesis de que el autor trabaje sobre materiales abandonados o sobre bienes comunales o pertenecientes al dominio público.

A priori pueden parecer cuestiones carentes de actualidad, problemas de laboratorio. Sin embargo, basta observar los conflictos generados entre el célebre artista urbano Banksy y los dueños de las paredes que extraen los fragmentos de las mismas donde aquél ha realizado sus grafitis para subastarlos, para darse cuenta de que resulta todo lo contrario.

5. LA PLASTICIDAD DE LA MATERIA. MATERIALES DURADEROS Y EFÍMEROS

Las obras plásticas se caracterizan por constituir una expresión o combinación original de formas, volúmenes y/o colores. El creador plástico actúa sobre la materia para darle una nueva conformación, logrando un resultado creativo en dos o tres dimensiones. El propio vocablo «plástico» o «plástica», procedente del griego *πλαστιχή,* implica la habilidad o la aptitud para modelar o cambiar la forma de la materia, según se predique del sujeto que desarrolle ese arte o del objeto sobre el que se practique. El creador plástico puede actuar sobre cualquier clase de materia, o dicho de otro modo, cualquier material, supuesta que sea su plasticidad (por escaso que sea el grado en que ésta se manifieste), resulta susceptible de ser empleado por un creador de las artes plásticas.

Metal, piedra, madera, barro, pigmentos, tela, tinta, papel, vidrio, y en general cuantos elementos han sido tradicionalmente empleados por pintores, escultores, talladores, orfebres, dibujantes, grabadores, ceramistas, vidrieros y otros cualesquiera cuyas creaciones admitan ser calificadas como obras plásticas. Es indiferente que el material sea más o menos noble, o dé como resultado una u otra estética, más o menos dentro de los cánones, más o menos a gusto del público o de las modas, más o menos agradable a los sentidos. El arte no conoce fronteras marcadas por las cualidades de la materia de la que se sirve ni por cómo ese material influye en el efecto estético final, menos aún en una época en la que todo criterio académico o canónico se ha hecho añicos. Hay quien trabaja con cartones viejos y

20. Las reglas en materia de accesión se verán desplazadas en caso de estar previamente unidas ambas partes por medio de un contrato (*v. gr.* encargo de obra), en cuyo caso habrá que estar a lo que se desprenda del mismo, con respeto a su vez a las normas imperativas que puedan incidir sobre los efectos de ese contrato.

quien lo hace con cables y pedazos de electrodomésticos recuperados de la basura. Hay el que se sirve de tuercas y tornillos, el que diseña delicadas cubiertas florales o jardines ornamentales, y el que prefiere esculpir sobre miga de pan compactada.

No importa que la materia usada sea perecedera, pues ¿cuál no lo es en último extremo? Chocolate, caramelo, frutas, hielo, nieve, arena, incluso humo o pompas de jabón, todos ellos pueden servir para obtener formas, volúmenes, colores, para crear en definitiva obras de arte, quizás etéreas o poco duraderas, pero aptas para que el creador manifieste al exterior sus potencialidades. Un ejemplo de actualidad lo tenemos en la instalación denominada «Una libra de carne de 50p», diseñada por el artista Alex Chinnek, e inspirada en una antigua fábrica de velas ubicada en Bankside (el sur del Támesis) hace 200 años. En las informaciones sobre esta instalación, de finales de octubre de 2014, se decía que el aspecto exterior era el de una casa de ladrillo convencional propia del paisaje industrial de Londres, tanto por su tamaño como por su diseño y emplazamiento. Sin embargo, estaba construida a base de 8.000 ladrillos de cera de parafina y arena de terracota que, a medida que pasaba el tiempo, iban poco a poco derritiéndose. Se calculaba que la instalación hubiera desaparecido, convertida en una gran montaña de cera, para el 18 de noviembre de 2014 (*vid*. fig. 1)[21].



Fig. 1 «Una libra de carne de 50p», de Alex Chinnek. Fuente: diario *ABC* de 29 de octubre de 2014 (*http://www.abc.es/internacional/20141029/abci-casa-derrite-londres-201410282210.html*).

Las *performances* o montajes de los actuales artistas contemporáneos no son muy diferentes, en cuanto a su durabilidad, o son de hecho de durabilidad menor que ciertas esculturas de la playa o grafitis practicados sobre vagones de tren.

21. El caso de esta instalación nos plantea una doble ilusión. No sólo se trata de un objeto efímero en contra de lo que una primera observación podría hacernos pensar, sino que además nos encontramos ante una obra de las artes plásticas y no ante una obra de arquitectura.

Quizás en el extremo de la escala se sitúen instalaciones como la de Tino Sehgal en la Documenta 13 («This Variation»). La instalación consistía en una habitación completamente oscura, aparentemente vacía, en la que el visitante se adentraba en tinieblas. Una vez dentro se podía percibir la presencia de *performers* que esperaban a los visitantes para acercarse a ellos y, eventualmente, cantarles canciones, susurrarles palabras o bailarles en torno, a veces sigilosamente, a veces frenéticamente, en cualquier caso siempre en la más absoluta invisibilidad. Se trataba de ofrecer la experiencia de vivir una pieza de arte como algo plenamente sensorial[22].

Como se ha dicho con acierto, el arte conceptual o contemporáneo obliga a una reinterpretación de las reglas sobre protegibilidad de las creaciones intelectuales. La noción de originalidad debe manejarse desde una total neutralidad estética, huyendo de prejuicios y de conceptos preconcebidos. Naturalmente que no son susceptibles de protección las meras ideas si no tienen una materialización, pero esta materialización debe ser comprendida en un contexto más amplio que el de la mera forma expresiva. En muchas ocasiones el aporte de originalidad vendrá dado por la elección de elementos preexistentes, por el entorno de la obra o por la intención del autor[23].

6. LA *MATERIA* DEL CREADOR FOTOGRÁFICO

El creador fotográfico actúa en cierto modo de forma semejante, aunque a diferencia del autor plástico, el fotógrafo no opera sobre la materia, no la moldea o manipula en sentido literal, sino que la capta, la atrapa visualmente, se sirve de la realidad externa para registrarla en el interior de su cámara. Puede elegir, y hasta cierto punto predeterminar, una serie de variables que influirán sobre el modo en que la cámara efectuará ese registro (nivel de luz, velocidad de apertura del objetivo, distancia, encuadre, etcétera), pero su labor creativa se basa fundamentalmente en la elección del ángulo, del modo de ver, de la disposición de la cámara. El fotógrafo no transforma la materia, sino que registra imágenes de la misma, aunque su modo de registrarlas pueda ser tan original que en ocasiones evoque una perspectiva de la realidad absolutamente onírica, personal, creativa, diferente.

22. Me guío por la descripción de la obra realizada por Vila-Matas, E., en *Kassel no invita a la lógica,* ed. Seix Barral, Barcelona, 2014, p. 54. Como el propio Vila-Matas explica, Sehgal «rechazaba la idea de que el arte tuviera una expresión física, es decir, que fuera un cuadro, escultura, artefacto, instalación, etc., y trataba con igual desdén la idea de una explicación escrita de su obra. Por tanto, (...), la única forma de poder contar que uno había visto una obra de Sehgal era verla en directo. De aquella obra, por ejemplo, no quedaría constancia ni tan siquiera en el grueso catálogo de Documenta 13, pues Sehgal había pedido a Carolyn Christov-Bakargiev y Chus Martínez que respetaran su deseo de ser invisible» (p. 55).

23. *Vid.* Mayorga Toledano, M. C.: «El arte efímero como objeto de la propiedad intelectual. Especial referencia a los embalajes monumentales y demás instalaciones conceptuales», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor,* nº 31 (2010-2011), pp. 291, 293-296 y 299.

Aunque, ciertamente, parte de su labor creativa descansa en el trabajo de revelado y fotocomposición, donde el fotógrafo lleva a cabo labores muy similares a las de un dibujante o un escultor. La tecnología digital, de hecho, ha aproximado mucho la labor de un artista plástico que crea por ordenador y un fotógrafo que «revela» sus instantáneas por procedimientos informáticos. Sin embargo, en la fase post-creación, la realidad que el fotógrafo manipula es su propia instantánea, no realmente la realidad captada en ella: la obra fotográfica, en fase de montaje, pasa a convertirse en materia moldeable ella misma. Desde este punto de vista, el fotógrafo es también un artista plástico, cuyo material de trabajo es la fotografía previamente captada.

7. LOS ÚTILES DE TRABAJO

El objetivo en todos los casos es obtener a partir de la materia un resultado creativo de forma, una expresión original en la que culmine la labor autoral. Éste es al menos el punto final de la labor creativa desde el punto de vista de la propiedad intelectual: el logro de una creación intelectual original (artículo 10 LPI). Para ello, además de la materia prima, el creador plástico necesita normalmente emplear algunos útiles de trabajo, gracias a los cuales poder modular o dar forma a esa materia. Cada material requiere sus peculiares herramientas o instrumentos, empezando por las propias manos del artista, pasando por lápices, pinceles, espátulas, cinceles, mazos, escoplos, cuchillas, buriles, gubias, formones, tornos, bastidores, caballetes, hasta llegar a las prensas, los moldes, las grúas, los andamios, las fresadoras (piénsese en las voluminosas y pesadas esculturas modernas de piedra o metal) y, cómo no, a las grabadoras, las cámaras, las pantallas, el *hardware* y los programas de ordenador que modernamente asisten a los artistas plásticos, incluidos los creadores de vídeo-arte.

Materiales y herramientas son pues de lo más variado –y valioso– para el artista. Sin embargo, a los efectos que nos interesan, es necesario trazar una división entre útiles de trabajo y materiales de que se compone la obra. Los primeros serán objeto de utilización por el autor pero en último extremo no constituirán parte del soporte físico de la obra, mientras que los segundos sí quedarán integrados, conformando la textura de dicho soporte o *corpus mechanicum* de la obra.

La utilización de instrumentos o herramientas ajenos para la elaboración de una obra de arte puede responder a muy diversas circunstancias (*v. gr.* adquisición mediante alquiler o préstamo), y en último extremo puede relacionarse con la comisión de algún acto ilícito por parte del creador plástico (*v. gr.* depositario que invierte su función y pasa a hacer uso de la *res deposita),* incluidos los casos de hurto, robo o apropiación indebida. Sin embargo, ninguno de estos factores tendrá consecuencias por lo que se refiere a la propiedad intelectual resultante de un eventual acto creativo, protagonizado por el sujeto que haya empleado los instrumentos de que se trate. La obra pictórica hecha con los pinceles hurtados de la academia de pintura, o la fotografía tomada con una cámara prestada son im-

putables al pintor o al fotógrafo, no al dueño o prestamista de los pinceles o de la cámara, puesto que autor es –lisa y llanamente– quien crea la obra, quien la concibe y ejecuta vale decir, al margen de a quién pertenezcan los útiles o aparatos de que se haya servido (artículo 1º LPI: «la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación»).

Cuestión distinta es que la pertenencia ajena de esos útiles tenga implicaciones adicionales, como por ejemplo que el creador sea un trabajador asalariado que realiza su obra en el marco de la relación laboral que le une a un empleador, y utilizando, debido a este hecho, las herramientas e instrumentos propiedad de ese empleador[24]. Pero el dato que permitirá imputar presuntivamente al empleador los derechos de explotación sobre la obra resultante no es tanto la propiedad de los útiles de trabajo como el vínculo jurídico-laboral que le une al creador y el dato de que la obra haya sido creada en el contexto de las tareas a que el trabajador se halle obligado por mor del contrato de trabajo, es decir, la dependencia y ajenidad inherente a la relación laboral y a los resultados producidos por la misma (*vid*. artículo 51 LPI)[25]. Otro tanto sucedería si la imputación de los derechos al propietario de los útiles de trabajo operase en virtud de una relación de obra colectiva y en atención al desempeño por parte de ese sujeto de las labores de dirección e iniciativa de la misma (artículo 8 LPI)[26].

---

24. El Estatuto de los Trabajadores no dispone expresamente la obligación del empresario de aportar los útiles o instrumentos de trabajo. Pero puede considerarse un elemento inherente a la relación laboral, desde el momento en que la ajenidad que caracteriza a ésta remite –entre otras cosas– a la ajenidad de los medios de producción, lo que significa que el empresario debe aportar los elementos necesarios para que el trabajador pueda ejecutar la prestación laboral. De hecho, el dato de que el trabajador aporte los útiles de trabajo constituye un indicio de no laboralidad de la relación, si bien es posible encontrar supuestos donde esta circunstancia no excluye la apreciación de relación laboral. A estos efectos, los tribunales valoran todas las circunstancias concurrentes: el valor de los instrumentos aportados por el trabajador, la contribución del empresario al mantenimiento de los mismos, la existencia o no de dependencia, etc. La cuestión fue muy debatida en relación con transportistas y repartidores de comida a domicilio, que en muchos casos estaban obligados a aportar su propio vehículo. La jurisprudencia estimó que si el vehículo era de poco valor, y concurrían el resto de factores, ello no impedía apreciar la laboralidad de la relación (*vid*. STS, Sala 4ª, de 18 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8986]).

25. Conforme al artículo 51 LPI, en el caso de las obras creadas por autores asalariados habrá que estar en primer lugar a lo pactado en el contrato. A falta de pacto escrito se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos al empresario en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de su actividad habitual en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.

26. Conforme al artículo 8º LPI, «*se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. Salvo pacto en contrario, los*

En ausencia de esas otras implicaciones (laboralidad de la relación, situación de obra colectiva), el empleo de instrumental ajeno, salvo las matizaciones realizadas, no podrá mermar en absoluto la propiedad intelectual del creador sobre el fruto de su acto creativo, por ejemplo atribuyendo algún derecho de explotación al propietario de ese instrumental, o confiriéndole un derecho de adquisición preferente sobre la propiedad intelectual de la obra por el hecho de ser suyas las herramientas o útiles de que se sirvió el creador. De otro modo, cualquier dibujo que Picasso hubiera hecho empleando un carboncillo ajeno podría haber dado lugar a la reclamación de algún derecho por parte del dueño del carboncillo. El útil no es nada sin la extremidad creadora que lo sostiene o empuña, de modo que para la propiedad intelectual resulta, en principio, intrascendente el dato de la pertenencia de los útiles de que se haya servido el creador plástico.

8. LOS MATERIALES

Los útiles son importantes en el íter de creación, pero si se comportan como auténticos útiles, es obvio que no quedará vestigio de ellos en el resultado final. Otra cosa hay que decir por lo que respecta a los materiales, pues que éstos sí van a quedar incorporados al soporte material de la obra, y permanecerán por tanto conformándola desde el punto de vista físico. Aquí sí cabe plantear un posible conflicto entre la propiedad ordinaria sobre los materiales y la propiedad intelectual sobre la obra o *corpus mysticum* resultante del empleo de aquéllos. En ocasiones, la ajenidad es parcial, en el sentido de que el autor es titular de una parte de los materiales, pero en ese caso el conflicto no desaparece, simplemente pasa a proyectarse sobre la parte de los materiales no perteneciente al creador[27].

La Ley de Propiedad Intelectual no contiene ninguna regla relativa al posible conflicto que puede desatarse cuando, en todo o en parte, los materiales con que se confeccione una obra no sean propiedad del creador. Todo lo más, el artículo 3º.1 LPI proclama que «los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con», entre otros, «la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual». El precepto contempla el fenómeno desde una perspectiva estática o de resultado: supuesto

---

derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre». Puede verse la STS, Sala 1ª, de 31 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10758), sobre contrato de colaboración «a la pieza» de un fotógrafo con un periódico, típico caso de obra colectiva a la que pueden aportarse obras plásticas o –más habitualmente– fotográficas.

27. El *Code Civil* francés hace en su artículo 572 una contemplación específica de este caso. Dice que cuando una persona ha utilizado en parte material suyo y en parte material ajeno para formar una nueva especie, la cosa pasa a ser común de ambos propietarios en razón, respecto de uno, de los materiales que le pertenecían, y respecto del otro, de los materiales que le pertenecían y del valor de su fuerza de trabajo.

que la obra se ha creado, esto es, ha quedado *incorporada a una cosa material,* los derechos de autor no se confunden ni se diluyen en la propiedad material que recaiga sobre el soporte de la obra.

9. LAS REGLAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE ACCESIÓN

Para contemplar, sin embargo, desde una perspectiva dinámica el fenómeno de la combinación o mixtura de un aporte intelectual con un elemento material ajeno, tenemos que trasladarnos al Código Civil, y más en concreto a las reglas que disciplinan la accesión. Tenemos allí dos normas que vienen a aludir al escenario al que venimos refiriéndonos. De una parte está el artículo 377.II CCiv, en sede de accesión mobiliaria, y de otra el artículo 383 CCiv, relativo a la especificación.

La accesión mobiliaria está presidida, como se sabe, por la regla del artículo 375 CCiv, en virtud de la cual «cuando dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola sin que intervenga mala fe, el propietario de la principal adquiere la accesoria, indemnizando su valor al anterior dueño» (*accesorium sequitur principali).* Al objeto de completar este criterio, el artículo siguiente establece que «se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquélla a que se ha unido otra por adorno, o para su uso o perfección», mientras que el artículo 377.I CCiv dispone que «si no puede determinarse por la regla del artículo anterior cuál de las dos cosas incorporadas es la principal, se reputará tal el objeto de más valor, y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volumen». Es en este contexto en el que el artículo 377.II CCiv proporciona una regla especial para los casos de incorporación que afecten a pinturas, esculturas y otro tipo de manifestaciones creativas similares, a saber:

> «*En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino*».

Se ha dicho que esta regla acoge el criterio de los jurisconsultos romanos en la parte en que éste daba preferencia a la forma o genio creador por encima de la materia inerte –así, cuando establece que la tabla o el lienzo acceden a la pintura, o el metal y la piedra a la escultura–, pero que se aparta del sistema romano en la parte en la que éste aplicaba una solución opuesta, como ocurre con el papel o el pergamino, que en la jurisprudencia romana eran principales respecto de la escritura, mientras que en nuestro Código sucede lo contrario[28]. Se ha dicho también que este criterio rector es válido con carácter general, pero que podría no servir en los casos en que la materia tenga un valor especial que desplace la «principalidad» de la forma (*v. gr.* materia de singular antigüedad, rareza o vinculación

28. *Vid.* Alonso Pérez, M.: «Comentario al artículo 377», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1990, pp. 443-444.

con un personaje histórico)[29]. No en vano, la regla del artículo 377.II CCiv trata de modular la del párrafo primero de ese artículo, que a su vez aporta criterios subsidiarios a aplicar en defecto de la del artículo 376 CCiv, donde prevalece la propiedad de la cosa a la que otra se haya unido para adornarla, perfeccionarla o favorecer su uso.

La segunda regla que nos interesa en materia de accesión es la del artículo 383 CCiv. De hecho, cabe entender que el artículo 377.II CCiv está asistemáticamente ubicado entre los preceptos dedicados a la adjunción, pues se trata de una norma de especificación, y su sede natural sería precisamente el artículo 383 CCiv. Sea como fuere, el criterio que contiene aquel precepto viene a coincidir con el de éste, al proclamar que la obra nueva, en principio, prevalece sobre la materia previa a la especificación. En efecto, conforme al artículo 383 CCiv:

> *«El que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta.*
>
> *Si ésta es más preciosa que la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella podrá, a su elección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia.*
>
> *Si en la formación de la nueva especie intervino mala fe, el dueño de la materia tiene el derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al autor, o de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido».*

La especificación determina la atribución de la propiedad a quien proyecta su trabajo sobre una materia ajena dando lugar con ello a la aparición de una *res nova*. Esto la aleja de los casos de adjunción o conmixtión, pues no implica la unión o la mezcla de dos bienes materiales de distinto dueño sino la transformación de una materia bruta por alguien a quien dicha materia no pertenece. Las magnitudes que aparecen combinadas son pues de distinta naturaleza: un objeto material conmensurable y una aportación inmaterial inconmensurable. En el conflicto entre el capital y el trabajo, o si se quiere entre la riqueza material y la inteligencia, nuestro Código se decanta por la concepción proculeyana de primar la capacidad transformadora sobre la inercia del mero dominio o señorío sobre las cosas: el especificante adquirirá la propiedad sobre la *nova species* siempre que actúe con ignorancia del carácter ajeno de la materia o procediera en la creencia de buena fe de que podía servirse de ella lícitamente[30]. Esa adquisición tiene carácter *ipso iure* (no es necesaria ninguna declaración de voluntad), *ex novo* (se tratará de una adquisición originaria) y forzosa (el especificante no puede obligar al *dominus materiae* a quedarse con la obra e indemnizarle el valor de su trabajo).

---

29. *Vid*. Albaladejo, M.: *Derecho Civil* III, *Derecho de bienes* I, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, p, 319.
30. *Vid*. Alonso Pérez, M.: «Comentario al artículo 383», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1990, pp. 465 y 469.

Por efecto de la adquisición nacerá también la obligación de indemnizar al dueño de la materia por el valor de ésta, aunque no se configura como una condición de la adquisición dominical. Este crédito sirve para corregir el desequilibrio patrimonial que la especificación provoca, evitando que se produzca un enriquecimiento injusto a favor del creador de la especie.

La regla general en sede de especificación se exceptúa cuando el valor de la materia sea superior al del trabajo o si el especificador hubiese obrado de mala fe. Diríase que cuando se trabaja con materias especialmente preciosas, resulta más difícil que el trabajo sobre ellas aplicado redunde en una *res nova* de mayor valor artístico o social que la propia materia. En este caso el *dominus materiae* tiene a su favor una opción: o quedarse con la nueva especie indemnizando el valor de la obra, o asumir la atribución de la obra al especificador reclamando que se le indemnice por el valor de la materia[31].

En cuanto a la excepción basada en la mala fe del especificante, se le confiere al dueño de la materia el derecho de quedarse con la obra sin necesidad de pagar nada al autor, aunque también puede preferir que se le indemnice el valor de la materia, junto con los perjuicios que se le hayan causado, quedando la obra para el artífice. Para algunos la primera opción resulta excesivamente rigurosa, rayana incluso en el enriquecimiento injusto, sobre todo en el caso de que el valor de la materia sea insignificante en relación con el de la obra[32]. La mala fe del *dominus materiae* servirá para neutralizar la del especificante: aplicando el criterio del artículo 379.III CCiv, si la nueva especie se ha fraguado a su vista, ciencia y paciencia sin mostrar oposición, los derechos respectivos se determinarán como si ambos hubieran obrado de buena fe, lo que nos lleva a aplicar las reglas de los dos primeros párrafos del artículo 383 CCiv, es decir, la obra realizada será para el artífice a menos que fuera de valor notoriamente inferior al de la materia utilizada[33].

---

31. Nótese que si se decanta por la primera alternativa, su indemnización deberá ser «previa», lo que refuerza la idea de que en rigor es el artífice el que adquiere, incluso en estos casos, y que el dueño de la materia tendría que adquirir en su caso la obra abonando su valor (adquisición pues derivativa; en seguida volvemos sobre esto).
32. *Vid.* Alonso Pérez, M.: «Comentario al artículo 383», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1990, p. 472.
33. Cabe preguntarse si no sería mejor adoptar la solución, de corte sabiniano, plasmada en el *Code Civil* francés, concretamente en sus artículos 570 y 571. Dice el primero que si un artesano o cualquier persona utiliza un material que no le pertenece para formar una nueva especie, el propietario de la materia tiene el derecho de quedarse con la obra reembolsando el precio de la mano de obra, mientras que el segundo puntualiza que si la mano de obra superase en mucho el valor de los materiales utilizados, se considerará que aquélla es la principal, y el artífice tendrá derecho a retener la cosa reembolsando al propietario el precio de la materia. Como vemos, esta solución prescinde de la consideración acerca de la buena o mala fe de los sujetos involucrados, acaso presumiendo que cualquiera de esos dos estados de conocimiento se dará de forma pareja la mayor parte de las veces. Tiene la virtud de la simplicidad y de hacer preponderar la posición del ar-

10. LA ESPECIFICACIÓN QUE DA COMO RESULTADO UNA OBRA INTELECTUAL ORIGINAL

Ese superior valor de la especie, que nuestro Código Civil parece asumir como caso general en el primer párrafo del artículo 383 –también en el segundo párrafo del artículo 377–, no necesariamente implica que el resultado obtenido sea protegible desde la óptica de los derechos de autor: el mayor valor de la mano de obra puede radicar en el hecho de ser una labor artesanal lenta y costosa, aunque el resultado obtenido no pueda calificarse de *original* en el sentido de la[34]. En este sentido, debemos recordar que la regla del artículo 383 CCiv no está concebida únicamente –y quizás no lo esté en absoluto– para su aplicación a especificaciones que redunden en el nacimiento de obras que lo sean en el sentido del derecho de autor, sino en general –o más bien– a situaciones en las que un sujeto desempeñe un oficio manual o lleve a cabo un proceso de transformación industrial sirviéndose de materiales ajenos, tales como la conversión por el tejedor de la lana en tela, por el sastre de la tela en traje, por el molinero del trigo en harina o por el zapatero del cuero en bota.

Cuando, por el contrario, la actividad que da lugar a la *nova species* es de naturaleza intelectual, aunque estimáramos que la materia empleada tiene un valor superior, o que el especificante-autor ha obrado de mala fe sin que concurra un estado similar de conocimiento por parte del dueño de la materia, lo cierto es que la norma de atribución de la propiedad del artículo 383 CCiv no puede sortear el más potente efecto desatado por el artículo 1º LPI, que atribuye al autor la propiedad intelectual sobre la obra por el solo hecho de la creación, y por el artículo 14 LPI, que configura como irrenunciables e inalienables los derechos morales, entre ellos el de exigir el respeto a la condición de autor de la obra[35].

---

tífice sólo cuando realmente lo merece, por ser su aportación industrial superior al valor de la materia transformada.

34. Recuérdese que la propiedad intelectual no premia el tesón ni la perfección técnica, sino el ingenio creativo y el logro de un resultado original. Sobre la contraposición entre la labor de un artesano –en el caso un alfarero–, y un creador desde el punto de vista de la protegibilidad de su respectiva labor por la propiedad intelectual, resulta muy ilustrativa –aunque no necesariamente deba coincidirse con su doctrina– la Sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2008, dictada en el llamado «caso Barceló». El tribunal concluye que la aportación original y la dirección creativa de los trabajos provenían de Miquel Barceló, mientras que el maestro alfarero Guinard preparaba formas básicas y realizaba labores mecánicas relacionadas con la preparación de la masa de arcilla en el torno y la ulterior cocción en el horno, actividades que requerían pericia técnica pero que no aportaban elementos reveladores de una auténtica personalidad artística. Puede verse un interesante comentario de Casas Vallés, R., a esta Sentencia en «La condición de autor: los casos Barceló y Boadella», *pe. i. revista de propiedad intelectual,* nº 28 (enero-abril 2008), pp. 129-136.

35. No se olvide que el artículo 429 CCiv remite a la Ley especial sobre propiedad intelectual para determinar las personas a quienes pertenece este derecho, la forma de su ejercicio y el

Quiere decirse que la accesión a favor del dueño de la materia, aunque se den las condiciones para determinarla, no podrá impedir producida la liminar adquisición de la propiedad intelectual por el autor y la retención en su cabeza de los derechos morales. El efecto atributivo que proviene de la especificación subsigue en el orden lógico y cronológico al que provoca la creación intelectual, no ya porque el artículo 1 LPI parece estar pensando en un automatismo de mayor intensidad («por el solo hecho de la creación» dice), sino porque en el artículo 383. II CCiv la adquisición a favor del *dominus materiae* se presenta en todo caso como consecuencia del ejercicio de una opción, que además ha de llevar aparejada una indemnización previa a favor del artífice.

Aplicado al campo de las obras intelectuales, esto significa que el dueño de la materia realiza en realidad una adquisición derivativa, y por supuesto limitada únicamente al plano de los derechos patrimoniales, quedando intacta la esfera moral del autor. Este efecto adquisitivo podría ser más poderoso que el que se deriva del artículo 56.2 LPI, concebido a favor del el propietario del original de una obra de artes plásticas, pues cuando el artículo 383.II CCiv habla de «quedarse con la nueva especie», parece que ello abarcaría la titularidad sobre el conjunto de facultades de contenido patrimonial y no sólo el derecho de exposición pública. Eso sí, la adquisición no podría incluir las facultades patrimoniales de carácter irrenunciable e inalienable[36]. Este resultado también se producirá aunque el especificante hubiese obrado de mala fe, por más que aquí el dueño de la materia no tenga por qué indemnizar nada al autor en caso de optar por quedarse con la obra[37].

No hay aquí contradicción, por cierto, entre lo que se deriva del artículo 383 CCiv y lo preceptuado en el artículo 56.1 LPI («el adquirente de la propiedad del

---

tiempo de su duración, añadiendo que sólo en los casos no previstos ni resueltos por dicha Ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en el Código sobre propiedad.

36. Es el caso del derecho de participación en el precio de reventa de una obra de arte original, que conforme al artículo 6º de la Ley 3/2008 es inalienable, irrenunciable y se transmite únicamente por sucesión *mortis causa*. También sería el caso del derecho de colección, al que se refiere el artículo 22 LPI, conforme al cual «la cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa».

37. Un caso célebre de especificación de mala fe [en el sentido del artículo 383.I CCiv] sería el de la estampación de «Las guirnaldas de la paz» por Pablo Picasso sobre la carrocería de un Citroën DS que habían conducido hasta su finca de Cannes unos periodistas a los que Picasso había concedido una entrevista. El coche ni siquiera pertenecía a los periodistas y, por lo que cuentan las crónicas, ellos tampoco actuaron de buena fe [en el sentido ahora del artículo 7º.1 CCiv] cuando dijeron al propietario por qué querían adquirírselo, pagando por el vehículo seis veces menos de lo que obtendrían cuando, poco después, vendieron el coche a una galería. Puede verse el reportaje «El coche perdido de Picasso», por Juan M. Villalobos, publicado en *El País* de 23 de enero de 2005 [*http://elpais.com/diario/ 2005/01/23/eps/1106465210_850215.html*].

soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última»). El *dominus materiae* que consuma un efecto adquisitivo en virtud de un proceso de accesión no se convierte sobrevenidamente en adquirente de la propiedad del soporte a que la obra se haya previamente incorporado, pues en rigor él ya venía siendo el propietario de la base material de la obra. Lo que el dueño de la materia adquiere en virtud del artículo 383 CCiv no es el soporte de la obra sino la especie en sí, y por tanto lo que se produce en virtud de la accesión, cuando el especificante es de mala fe o el valor de la especie es inferior al de la materia, es la conversión de dicha materia en soporte de una obra, sin alteración de la titularidad sobre el objeto. Por consiguiente, más que estar ante un supuesto en el que un sujeto deviene propietario del soporte de una obra, lo que tenemos es un caso en el que la materia perteneciente a un sujeto deviene soporte de una obra.

11. ¿ESPECIFICACIÓN O DAMNIFICACIÓN?

En ocasiones la intervención del especificador, aun actuando de buena fe, tiene por efecto un resultado negativo que daña o desmerece la materia depreciando su valor. Surge en estos casos la duda de que la opción contemplada en el artículo 383.II CCiv sea enteramente adecuada, ya que el dueño de la materia tendría interés en mantener ésta, cuyo valor será superior al de la obra, pero sin tener que indemnizar al artífice por el valor de la obra. Es más, el dueño de la materia tendría aquí interés en que se repusiera la materia a su estado primitivo, a costa del especificante, y que se le indemnizara por los perjuicios causados[38].

Aunque el caso se contempla habitualmente desde otro prisma [y nosotros también lo haremos, al volver sobre él *infra*], no puedo dejar de trazar en este momento una asociación entre la hipótesis que acaba de describirse y el episodio del Ecce Homo del Santuario de Misericordia de Borja (Zaragoza), obra mural del pintor Elías García Martínez que habría sido sometida a «restauración» en 2012 por la Sra. Giménez Zueco. So pretexto de esta acción, la presunta restauradora obtuvo un resultado lamentable en términos artísticos que, más que recuperar venía a desfigurar el motivo principal de la obra. Aquí puede verse una comparativa que permite apreciar la clase de intervención de la que estamos hablando (fig. 2):

38. Para la doctrina que se ha ocupado del tema, una especificación que deteriora o envilece la materia no debe considerarse como tal, «y el *dominus materiae* nada debe indemnizar por una *nova species* impresentable en el plano artístico, técnico o de la producción económica». *Vid*. Alonso Pérez, M.: «Comentario al artículo 383», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1990, p. 471, nota núm. 25.



Fig. 2. A la izquierda el Ecce Homo de Elías García antes de su deterioro, en el centro la misma imagen deteriorada antes de ser "restaurada", a la derecha el resultado obtenido por la Sra. Giménez [Imágenes extraídas del blog del Centro de Estudios Borjanos: *http://cesbor.blogspot.com.es/2012/08/un-hecho-incalificable.html*].

Me pregunto si, a la vista del tratamiento practicado por la Sra. Giménez, no será que ésta tomó la pintura original *como si* se tratase de una simple materia prima no conformada, carente de elementos protegidos por derechos de autor. Este caso nos invita a reflexionar sobre la contraposición entre materia y forma porque, si no se alcanza un mínimo consenso en torno a ambas nociones, hay el riesgo de que ciertas creaciones de forma sean tomadas por meros elementos materiales susceptibles de ser sometidos a un proceso de especificación.

Es obvio que, toda vez que admitamos la existencia de una obra protegida por derechos de autor, no resulta procedente enfocar las intervenciones ulteriores sobre ella desde la óptica de la especificación del Código Civil, sino desde la de la transformación (artículo 21 LPI) o, en el caso de intervenciones que no determinan el surgimiento de una nueva obra llamada a convivir con la preexistente sino en la desaparición de ésta y su sustitución por otra de contornos diferentes, desde la óptica del derecho moral de modificación (artículo 14.5º LPI).

12. ¿ACCESIÓN INTELECTUAL INMOBILIARIA?

El artículo 383 CCiv se encuentra dentro de la Sección relativa al derecho de accesión respecto a los bienes muebles. No existe un precepto correlativo que sirva para disciplinar el fenómeno de la especificación en el ámbito de los bienes inmuebles. Pero es obvio que la materia ajena objeto de transformación podría ser un elemento o parte integrante de un inmueble, como lo ilustra el movimiento del *street art* o arte urbano. Con independencia de la naturaleza jurídica que quepa atribuir a las obras realizadas mediante el empleo de materiales inmobiliarios

ajenos[39], lo cierto es que el Código, en sede de accesión inmobiliaria, parece circunscribirse al fenómeno de la edificación, plantación o siembra en suelo ajeno (artículos 361 a 365). Sin embargo, y sin desconocer que el grado de incorporación al inmueble de lo edificado, plantado o sembrado resulta ser más intenso –en términos generales– que el de lo pintado, esculpido o grabado, no existe en el Código ningún otro supuesto al que éste se aproxime más que a aquél.

La principal diferencia con respecto a la especificación es que aquí no existe la previsión de que quien edifica, planta o siembra en suelo ajeno –léase quien pinta, esculpe o efectúa cualquier otra intervención análoga sobre una pared, muro u otro elemento de un inmueble– pueda llegar a hacer suyo el resultado si el dueño del terreno no quiere, y ello tanto si el incorporante actuó de buena fe como si lo hizo de mala. En el primer caso el dueño del terreno podrá optar por hacer suya la obra [siembra o plantación], previa indemnización, o bien obligar al incorporante a que, siendo él quien adquiera el terreno, abone la compensación correspondiente en forma de precio o renta. En el segundo el incorporante pierde lo construido, [plantado o sembrado] sin derecho a indemnización, pudiendo incluso el dueño del inmueble exigir la demolición de la obra [o que se arranque la plantación o siembra], reponiendo así las cosas a su estado primitivo, a costa de quien hizo la incorporación siendo consciente de que no tenía derecho a ello. Como en la accesión mobiliaria, la mala fe del dueño neutraliza la del incorporante, pasando a tratarse el caso como si ambos hubieran obrado de buena fe.

Debe recalcarse que la adquisición por el dueño del terreno de la propiedad sobre el todo resultante de la incorporación no es automática en los casos de incorporación hecha de buena fe, ya que depende en primer lugar del ejercicio del derecho de opción que se le concede, y en segundo lugar del previo pago de la indemnización[40]. A lo que a nosotros interesa esto corroboraría que el autor de una obra de arte que queda incorporada de buena fe en un inmueble ajeno, adquiere originariamente –por el solo hecho de la creación– los derechos de autor sobre la misma, y si bien puede perder el contenido patrimonial de su derecho si el dueño del inmueble opta por hacer suyo el resultado de la incorporación, siempre mantendrá su condición de autor y el resto de prerrogativas morales sobre su obra[41]. Pero en realidad, algo

39. El artículo 334.4º CCiv otorga la consideración de inmuebles a «las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades», pero sólo si esa colocación ha sido ordenada por el dueño del inmueble y tiene vocación de permanencia.
40. Suscribo la opinión al respecto sostenida por Bercovitz Álvarez, G., en *Comentarios al Código Civil* (Coord. R. Bercovitz), 4ª ed., Aranzadi, 2013, p. 596, quien a su vez se apoya en otras referencias doctrinales y en una consolidada jurisprudencia (*vid.* SSTS 26 de octubre de 1999 [RJ 1999, 8163] y 9 de febrero de 2006 [RJ 2006, 547]).
41. Como ya hemos señalado, la adquisición vía accesión no comprende tampoco aquellas facultades patrimoniales del autor que tienen naturaleza inalienable, como es el caso del derecho de participación en el precio de reventa de una obra de arte original (artículo 6º de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre).

muy similar sucede cuando el incorporante/especificante haya obrado de mala fe: el hecho de perder «lo edificado, plantado o sembrado» no obsta a que, si lo elaborado es una creación original, el sujeto adquiera la propiedad intelectual sobre la misma y retenga en su poder los derechos morales, por más que en este caso –como se deriva del artículo 362 CCiv– el incorporante carezca de derecho a indemnización.

13. ¿DE QUIÉN SON LOS GRAFITIS? ¿SE PUEDE BORRAR UN GRAFITI?

Esto quiere decir que cuando un artista urbano estampa un grafiti sobre el muro de una heredad ajena está asumiendo que, sin perjuicio del reconocimiento de su derecho moral de paternidad, el dueño del inmueble adquirirá la propiedad sobre la obra, sin que además el autor pueda reclamar a cambio compensación alguna, en la medida en que su actuación está presidida por la mala fe, dado su estado de pleno conocimiento –como evidencia la nocturnidad con la que estos artistas suelen actuar– de que no posee título que le permita emplear la fachada de un inmueble ajeno como soporte para su creación.

En principio, según el artículo 363 CCiv, la adquisición de los derechos confiere al propietario del inmueble la soberanía para demoler la obra [o arrancar la plantación o siembra], lo que en nuestro caso equivaldría a borrar o remover el estarcido de la fachada donde se hubiera plasmado. Claro que éste se torna aquí un aspecto polémico, ya que a diferencia de una plantación o una construcción ordinaria, cuando el elemento adherido al inmueble sea una creación intelectual original, protegible por derechos de autor, la facultad de remoción o destrucción del elemento inmaterial podría topar con el derecho moral del autor a exigir el respeto a la integridad de la obra (artículo 14.4º LPI).

La cuestión, con todo, admite matices cuando la remoción acontece con motivo de obras de restauración del propio edificio, pues en ese caso no habría una acción deliberada de eliminar la pintura, sino que su desaparición se produce en un contexto más amplio de rehabilitación general del inmueble. La STS (Sala 1ª), de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8134), resuelve el caso de la destrucción de unos murales con ocasión de las obras de reparación del inmueble en el que aquéllos se encontraban ubicados. Los murales habían sido elaborados sobre las paredes de un edificio en el marco de un concurso convocado por una Cooperativa Agraria en colaboración con el Ayuntamiento de La Coruña. Es decir, la fijación de las pinturas en los muros del edificio, a diferencia de lo que ocurre con los grafitis, se había hecho de buena fe sobre la base de un certamen convocado por el propio titular del inmueble. Vendido con posterioridad el edificio por la entidad convocante del concurso a una empresa de construcción, ésta llevó a efecto obras de rehabilitación cuya ejecución dio lugar a que desaparecieran las pinturas[42].

42. Conforme al proyecto arquitectónico, se procedió a un chorreo de arena en las fachadas para sacar la pintura existente y aplicar después un revestimiento continuo tipo Cotegran.

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia emitida por la Audiencia Provincial de La Coruña, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999, 312), según la cual las pinturas habían quedado incorporadas a las paredes del edificio y presentaban un grado de deterioro acorde con el deficiente estado de conservación del inmueble, el cual sólo podía ofrecer garantías de seguridad para sus usuarios si era sometido a un proceso de reconstrucción, pudiendo al mismo tiempo estimarse que los murales eran irrecuperables al no poder segregarse de la materia que las conformaba. El Alto Tribunal entiende que estas circunstancias permitían descartar que se hubiera producido una violación del derecho moral del autor y pone en valor el hecho de que, dadas las características de las obras, inseparables de su soporte, «su duración queda sujeta a la del elemento en que se plasma, por lo que no nace con vocación de perennidad sino con una vida efímera»[43].

Ciertamente, debe admitirse que cuando el soporte de la obra tiene una vertiente eminentemente práctica, la obra queda expuesta a un mayor número de vicisitudes. Y en el caso de las obras murales integradas en un edificio, el deterioro sufrido por éste está llamado a repercutir inevitablemente en aquéllas. Sin embargo, parece algo exagerado decir que en este caso las pinturas habían nacido con una vocación efímera. Tal vez esto pudiera decirse de un grafiti que se estampa sin permiso en el muro de una casa, pero no de un mural que se fija en un edificio respondiendo a la convocatoria efectuada por el propietario del mismo[44]. Con todo, es importante el matiz de que el propietario no remueva el mural de forma aislada, porque quiera derechamente suprimirlo de donde se encuentra, sino que la desaparición de aquél se deba a una obra de rehabilitación de amplio espectro que afecta a todo el inmueble, resultando la destrucción del mural un efecto concomitante de la del edificio en el que se encuentra.

Viene a colación la regulación prevista en la sección 113 (d) de la *Copyright Act* USA, precisamente destinada a regular el caso de las obras plásticas incorporadas a un edificio, y presidida por la idea de evitar que el derecho moral de integridad se convierta en un factor que haga que el edificio y cualquier intervención sobre el

43. Es interesante la apreciación del Tribunal de que no hubo responsabilidad de la Cooperativa vendedora del edificio, por cuanto no tenía obligación de efectuar ninguna comunicación a la compradora sobre la existencia de los murales, ni de velar por la integridad de éstos o colocarse en una especie de posición de garante de los derechos de los pintores. Tampoco aprecia la Sentencia circunstancias que pudieran configurar una actuación negligente generadora de un riesgo para la obra y descarta que la base 18 del concurso, conforme a la cual los murales pasaban a ser propiedad de la convocante, pudiendo ésta hacer el uso que estimara más conveniente de los mismos, debiera ser interpretada de forma restrictiva.

44. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, «grafiti» o «grafito» se define en su segunda acepción como «letrero o dibujo circunstanciales, de estética peculiar, realizados con aerosoles sobre una pared u otra superficie resistente» [subrayado mío].

mismo sea dependiente de la obra de arte en él instalada[45]. Conforme a dicho precepto, si la obra de arte incorporada al edificio no puede ser retirada del mismo sin provocar su destrucción, deformación, mutilación o alteración en los términos del derecho moral de respeto a la integridad, este derecho no se aplicará cuando la instalación fuera anterior a la entrada en vigor de la *Visual Artists Rights Act* de 1990[46], o cuando el autor hubiera consentido por escrito la incorporación aceptando expresamente la posibilidad de que la retirada de su obra pudiera causar su destrucción, deformación, mutilación o alteración.

Si, por el contrario, la retirada de la obra del edificio donde esté instalada fuera posible sin causar esa destrucción, deformación, mutilación o alteración, el propietario del edificio deberá notificar diligentemente al artista su intención de realizar una actuación que podría afectar a la obra, concediéndole un plazo de 90 días para que retire la obra si es su deseo. El autor no podrá hacer valer su derecho moral de integridad si, pese a la debida diligencia y buena fe aplicada por el propietario del edificio, el intento de notificación hubiera resultado infructuoso, o si en el plazo de 90 días tras la exitosa notificación el autor no hubiese retirado la obra o hubiese satisfecho el coste de retirarla.

Pero más allá de este tipo de casos, en los que la instalación de la obra arranca de un acuerdo entre el autor y el dueño del inmueble, no hay por qué descartar que la eliminación de un grafitis pueda chocar, al menos en hipótesis, con el derecho moral del artista a exigir que se respete la integridad de su obra, naturalmente siempre que pueda estimarse que constituye una obra protegible. En este sentido, es cierto que la mayor parte de los grafitis callejeros no pasan de merecer la calificación de pintadas que afean y ensucian las fachadas, y la finalidad de sus autores –dicha sea ésta palabra ahora en un sentido más propio del Derecho penal que del Derecho de la propiedad intelectual– está más cercana a un ejercicio de gamberrismo que de genuina vocación artística. Por sus características formales –suelen ser letras, palabras, frases o números garabateados sin mayores pretensiones– será altamente dudoso que se trate de creaciones intelectuales originales, y por tanto ningún conflicto cabe imaginar desde la óptica de los derechos de autor por el hecho de que el propietario del inmueble aplique sobre ellos la pistola a presión para dar lustre a su fachada[47].

45. *Vid.* Ginsburg, J.: «El derecho de autor en el 101 Congreso de Estados Unidos: Comentario de la Ley sobre los derechos de los autores de artes visuales y de la Ley sobre la protección de las obras de arquitectura por el derecho de autor de 1990», *Revue Internationale du Droit d'Auteur* (*RIDA*) nº 152, abril-julio 1992, p. 118.
46. Aunque Estados Unidos se adhirió al Convenio de Berna en 1989, y dicho Convenio (artículo 6 bis) obliga a una protección del derecho moral de los autores, la legislación USA no ha hecho un reconocimiento del derecho moral para todas las categorías de obras, sino sólo para los creadores de obras de arte visual (pintura, escultura, fotografía), tal y como ha quedado recogido en la sección 106A de la *Copyright Act,* fruto de la enmienda aprobada por la *Visual Artists Rights Act* de 1990.
47. Todo es relativo, naturalmente. Hay edificios tan feos, o en tal estado de deterioro, que en su caso el grafiti puede jugar como factor de embellecimiento. No es infrecuente que

14. CUANDO NO ES BUENA IDEA BORRAR EL GRAFITI

Claro que, la decisión de eliminación del estarcido dependerá mucho de la calidad del mismo. Lo que en algunos casos es un pintarrajo sin valor artístico alguno, en otros es una obra de alta calidad e inteligente concepción que incluso puede recibir una alta cotización en el mercado. Algunos artistas urbanos se han convertido en verdaderas leyendas –que saben bien, además, cómo alimentar su propio mito– y están consiguiendo dar un giro a la observación del fenómeno: frente al dueño que se apresura a borrar el estarcido considerándolo una desagradable invasión de su heredad, ahora nos encontramos con un propietario que se afana en preservarlo y que incluso lo separa de la fachada para enajenarlo de forma independiente[48]. Diríamos que para el propietario de un inmueble puede ser, hoy por hoy, un auténtico *regalo llovido del cielo* que cierto grafitero elija su fachada en una noche de acción.

Desde el momento en que el dueño desafecta esa parte de su fachada y enajena la pintura como si se tratase de un bien mueble, se produce eso sí un cierto cambio de régimen que situaría al autor en una posición algo más sólida. Porque, así como no parece viable ejercitar el derecho de participación en el precio de reventa mientras la obra sigue adherida al edificio y es éste el que resulta objeto de enajenación[49], sí sería posible hacerlo valer cuando el mural se haya desafectado y, en su nueva condición de bien mueble, haya sido objeto de una reventa sujeta al derecho de participación conforme al artículo 3º de la Ley 3/2008; debiendo recordarse que al ser este derecho de naturaleza inalienable y sólo transmisible *mortis causa* (artículo 6º Ley 3/2008), el dueño del inmueble no habrá podido adquirirlo por vía de accesión.

Igualmente, una vez desprovisto de su naturaleza inmobiliaria, cualquier posible daño a la integridad de la obra ya no podrá justificarse en razón de las vicisitudes afectantes al propio edificio, debiendo tratarse el caso como cualquier otro supuesto de colisión entre el dueño de una pintura y el autor de la misma. Cabría asimismo pensar en el ejercicio por parte del creador de su derecho moral de acceso al ejemplar único o raro de su obra (artículo 14.7º LPI), dado que la retirada de ésta de su emplazamiento en la vía pública priva, también al autor, de una fácil vía de acceso a la creación, al tiempo que la desafectación al destino del inmueble introduce nuevas formas de utilización acaso englobadas entre las que el autor

---

los propietarios de algunos edificios, normalmente bloques de muchas alturas en áreas residenciales, encarguen a un artista urbano la realización de un mural o trampantojo sobre la fachada a fin de hacer más agradable la vista de la misma.

48. Recuérdese que «las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo» son inmuebles por destino (artículo 334.4º CCiv) pero, como tales, pueden perder esa naturaleza si el dueño deja de destinarlos de forma permanente al uso del inmueble al que estuvieran unidos.

49. *Vid.* Casas Vallés, R.: «Comentario al artículo 24 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. R. Bercovitz), 3ª ed., Tecnos, 2007, p. 430 y nota nº 104.

podría estar facultado para ejercitar y que dan pie al ejercicio de este derecho moral (*v. gr.* el derecho de colección –artículo 22 LPI–, que habría que considerar no cedido a favor del propietario por mor de la accesión).

Uno de los máximos exponentes del *street art* en la actualidad es sin duda Banksy, seudónimo de un célebre artista urbano del que se desconoce su verdadera identidad y origen, aunque parece vinculado a Bristol, ciudad donde ha hecho muchos de sus esténciles[50]. Las ingeniosas pintadas de este creador plástico han desatado un gran interés entre el público y cada nueva creación suya despierta enorme expectación. Entre sus creaciones más recientes se encuentra un mural homenaje a Vermeer, en el que recrea su célebre cuadro «La joven de la perla». Su contemplación da idea de que las creaciones de este autor distan mucho del concepto tradicional de grafiti (fig. 3):



Fig. 3. Evocación de "La joven de la perla", por Banksy.
La foto proviene de la propia web de Banksy (*http://Banksy.co.uk/index2.asp*).

Como la señal de alarma incrustada en la pared aprovechada para hacer las veces de pendiente de la joven, es característico del estilo de Banksy ser-

50. En la entrada de Wikipedia correspondiente a Banksy se indica en efecto que se desconoce su nombre auténtico (aunque en la versión española se dice que podría ser Paul Horner y se apuntan otras posibles alternativas), y se informa de que podría haber nacido hacia 1974 en Liverpool o en Bristol, localidad esta última en la que en cualquier caso habría crecido. Puede visitarse –y es recomendable hacerlo– la web de este artista (*http://Banksy.co.uk/menu.asp*), en la que aparecen fotografías de sus trabajos, tanto de *street art* como del resto de su obra gráfica.

virse de los elementos presentes en la fachada para introducirlos en su propia obra y darles un sentido distinto al esperado. He aquí otra muestra del ingenio de este artista, que se sirve precisamente de un cartel en el que se avisa de la prohibición de hacer grafitis y del carácter delictivo de esta práctica, para representar a dos pilluelos cogiendo imaginariamente el spray de la señal de prohibición (fig. 4):



Fig. 4. "Better Out Than In", de Banksy.
La foto proviene de la propia web de Banksy (*http://Banksy.co.uk/out.asp*).

Ante su creciente popularidad, los dueños de los inmuebles donde se emplazaban los grafitis, y en algunos casos empresas especializadas que han adquirido de ellos las pinturas, han comenzado a retirar los murales de sus emplazamientos y a subastarlos a precios elevados. Uno de los casos más conocidos es el de su obra «Slave Labour», en la que aparece un niño de aspecto asiático cosiendo banderitas inglesas que pendían de un muro con motivo del 60º aniversario de la coronación de Isabel II, una mordaz crítica de Banksy a la conmemoración, a la vez que una denuncia del trabajo infantil. Aquí el mural tal y como Banksy lo plasmó (fig. 5):



Fig. 5. "Slave Labour", de Banksy.
La foto proviene de la propia web de Banksy (*http://Banksy.co.uk/out.asp*).

Y aquí el aspecto de la misma pared tras la remoción de la obra (fig. 6):



Fig. 6. Espacio antes ocupado por "Slave Labour", de Banksy.

Fuente: Reuters [extraída del artículo «El FBI podría intervenir en la subasta del Banksy», publicado en *El Mundo* de 23 de febrero de 2013: *http://www.elmundo.es/elmundo/2013/02/22/cultura/1361565347.html*].

En principio, Banksy no se estaría beneficiando de este mercado y el propio artista ha denostado estas prácticas reclamando que sus murales se dejen en el emplazamiento original[51]. No obstante, su fama le ha permitido comercializar obra gráfica no pintada en exteriores y organizar alguna exposición bajo su supervisión[52].

Sólo en algún caso el propio Banksy parece haber admitido implícitamente que el dueño del inmueble retirara el grafiti y se beneficiara con su venta. Se trataba del estarcido titulado «Mobile lovers» (en la que puede verse a dos amantes abrazados y consultando al mismo tiempo sus respectivos teléfonos móviles), realizado sobre la puerta metálica de un pub de Bristol cuyos dueños estaban pasando estrecheces económicas y se exponían a tener que echar el cierre al establecimiento. La característica removible del elemento propiciaba su fácil separación y realización de valor. Al parecer Banksy no sólo reconoció la autoría de la obra en su página web, como ha hecho en otras ocasiones, sino que escribió al dueño del pub para decirle que «la obra era suya y podía hacer con ella lo que considerase pertinente»[53].

Aquí puede verse la puerta en cuestión con el esténcil de Banksy y ese mismo acceso con una nueva puerta en la que pende un aviso donde se informa que la puerta original ha sido llevada al interior del local para prevenir actos de vanda-

51. La situación ha alcanzado importantes cotas de descaro por parte de los propietarios de los soportes y las empresas que gestionan las ventas de los mismos. Sinecure Group, una empresa de servicios para gente VIP que se ha especializado en el desmontaje de obras de arte callejero con destino a subastas, organizó una exposición-venta de al menos media docena de murales de Banksy retirados de sus emplazamientos originales titulada «Stealing Banksy». *Vid.* Carlos Fresneda en «Banksy contra Banksy», publicado en el diario *El Mundo* de 26 de abril de 2014: *http://www.elmundo.es/cultura/2014/04/26/ 535b94e422601d12778b456a.html*). Según informa Fresneda, Sinecure Group esperaba recaudar más de 3,5 millones de euros con la venta de las piezas.

52. En un artículo sobre la subasta del mural sobre el trabajo infantil de Banksy (*vid.* Borja Bergareche, diario *ABC* del día 4 de junio de 2013 (*http://www.abc.es/cultura/arte/20130604/abci-*Banksy*-vendido-201306041752.html*), leemos: «En febrero de 2008 [Banksy] creó la empresa Pest Control para controlar el proceso de autentificación de sus obras, lo que le permite sacar al mercado de forma ortodoxa cierta obra gráfica, mientras deja a las leyes de la calle sus codiciados grafitis, realizados sin permiso en paredes ajenas». El articulista recoge la opinión de Robin Barton, dueño de la empresa Bankrobber, que ha sacado al mercado del arte otras obras de Banksy y de otros artistas callejeros. Puesto que Banksy no habría autentificado algunas de las piezas que se están vendiendo bajo su nombre, y frente a los especialistas que defienden que sin autentificación no hay mercado, Barton es de la opinión de que «estas pinturas no necesitan certificado, si uno acepta que Banksy ha realizado una contribución significativa a la Historia del arte del siglo XXI, ésta está representada sobre todo en sus viscerales obras callejeras, creadas a menudo de noche y bajo la amenaza del arresto», al tiempo que cree que «los lienzos pintados con spray no son más que una pobre imitación de su auténtica obra».

53. Los dueños del local no dudaron en hacer uso de esta posibilidad: tras separar rápidamente la puerta de su emplazamiento, poco después vendieron la obra a un coleccionista privado que habría pagado por ella entre medio millón y un millón de libras. Así se informa en el artículo «Venden una obra de Banksy para salvar el pub en el que apareció en Bristol», publicado en el diario *ABC,* el día 27 de agosto de 2014 (*http://www.abc.es/cultura/arte/20140826/abci-Banksy-amantes-movil-venta-201408261654.html*).

lismo, invitando al visitante a entrar en el local y ver la obra de Banksy pidiendo a cambio sólo un pequeño donativo (fig. 7):



Fig. 7. Puerta del pub con «Mobile Lovers» de Banksy y nueva puerta sin la obra de Banksy. Fuente: Press Asociation [extraída del artículo «New Banksy artwork in Bristol removed with crowbar by local club», *BBC News*, 15 de abril de 2014, *http://www.bbc.com/news/uk-england-gloucestershire-27033079*].

Más recientemente se ha conocido el caso del estarcido efectuado por Banksy sobre la puerta de una casa derruida en la franja de Gaza. Su propietario vendió la puerta inadvertidamente a un precio muy bajo, a un artista local que sí conocía la autoría y valor de la obra. Apercibido de su error, el vendedor ha denunciado al comprador por estafa y la policía palestina ha confiscado la puerta[54].

15. MATERIALES ABANDONADOS

Habría que contemplar también dos hipótesis en las que los materiales empleados por el autor plástico, aun no siendo de su propiedad, tampoco pertenecen a ningún otro propietario. Esto puede ocurrir, bien porque se trate de cosas abandonadas carentes de dueño, bien porque se trate de bienes de dominio público o comunales.

En el caso de los bienes carentes de dueño, todo apunta a que la actividad de creación que se proyecte sobre ellos comportará inevitablemente un previo acto de toma de posesión capaz de generar la apropiación del material, la cual acontecería por tanto por vía de ocupación y no de accesión/especificación. En efecto, sabemos que si un bien está efectivamente abandonado y no meramente perdido o extraviado, es

54. *Vid.* las informaciones tituladas «Un palestino vende un «Banksy» pintado en su casa por 162 euros» y «La policía de Gaza confisca la puerta de Banksy vendida por 162 euros», publicadas en *El País* de 1 de abril (*http://cultura.elpais.com/cultura/2015/04/01/actualidad/1427900311_155060.html*) y 10 de abril de 2015 (*http://cultura.elpais.com/cultura/2015/04/10/actualidad/1428685405_423858.html?rel=rosEP*).

susceptible de adquisición por ocupación (artículo 610 CCiv). Puede tratarse de bienes que nunca han tenido dueño (*res nullius* por naturaleza) –ya sean a su vez animados (*v. gr.* plantas, flores, frutos silvestres) o inanimados (*v. gr.* piedras, palos, huesos, conchas de moluscos)–, o de bienes que han sufrido un proceso de abandono por parte de su dueño (v. ej. viejos enseres domésticos, detritus orgánicos, maquinaria inservible).

Muchos artistas plásticos gustan de servirse de esta clase de elementos para realizar sus composiciones. Uno de los que ha obtenido más reconocimiento es el brasileño Vik Muniz, que pasó cerca de tres años trabajando en uno de los mayores vertederos de Río de Janeiro recreando estampas de las personas que sobrevivían vendiendo los materiales reciclables que encontraban en el basurero[55]. Muniz se sirve de toda clase de objetos hallados en el vertedero (latas oxidadas, neumáticos desechados, zapatillas raídas, envases vacíos, tapas de inodoro arrancadas, juguetes rotos, viejos televisores) para construir unas imágenes de gran formato que, vistas desde lejos, dan la sensación de emplear texturas y pigmentos ordinarios. He aquí una muestra extraída de su serie «Imágenes de basura» (fig. 8):



.

Fig. 8. «La Gitana (Magna)», de la serie "Imágenes de Basura" (2008), de Vik Muniz.
Fuente: sitio web del Banco de la República dedicado a Vik Muniz
(*http://www.banrepcultural.org/vik-muniz/index.php*).

55. Puede verse «Vik Muniz, el brasileño que hace arte con basura», en la web de la revista *Cromos* (*http://www.cromos.com.co/cultura/articulo-147664-vik-muiz-el-brasileno-hace-arte-basura*). Asimismo, véase la web dedicada a Muniz por el Banco de la República de Colombia: *http://www.banrepcultural. org/vik-muniz/index.php.*

Incluso un tratamiento mucho menos transformador de la basura puede dar lugar a composiciones dotadas de un no despreciable valor comercial. El artista Justin Gignac lo ha descubierto gracias a su proyecto «New York City Garbage», que se basa en la preparación y venta de envases cúbicos transparentes que tan sólo contienen un *collage,* único e irrepetible eso sí, hecho a base de basura recogida a mano por las calles de la ciudad[56]. En la siguiente imagen puede verse uno de estos *originales* paquetes rellenos de basura (fig. 9):



Fig. 9. Ejemplo de collage de basura envasado en un cubo de la colección «NYC Garbage», de Justin Gignac.

Fuente: sitio web de NYC Garbage (*http://nycgarbage.com/*)

56. Al parecer todo comenzó con una apuesta con alguien que sostenía que el *packaging* no era importante. Gignac quiso demostrarle que estaba equivocado y no se le ocurrió mejor método que empaquetar cosas que nadie en su sano juicio querría comprar (*vid.* «Justin Gignac Turns New York City Trash Into Art», artículo de Alex Silverman publicado el 2 de agosto de 2011 en la web de la cadena CBS/New York (*http://newyork.cbslocal.com/2011/08/02/justin-gignac-turns-new-york-city-trash-into-art/*). En la web del propio Gignac se da cuenta –entre otros– de este proyecto, y se informa de que se habrían vendido hasta el momento 1300 envases de NYC Garbage en más de 30 países, a un precio de 50 dólares cada uno (*http://justingignac.com/#/nyc-garbage/*).

La posible apropiación de bienes abandonados sólo es factible, claro está, a condición de que se trate de bienes de naturaleza mobiliaria, no ya porque –aunque no lo exija de forma explícita– del artículo 610 CCiv parezca desprenderse este requisito, sino porque el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece que pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carezcan de dueño, produciéndose su adquisición *ministerio legis,* sin necesidad de que medie acto o declaración por parte de la Administración. Cualquier intervención de un artista plástico sobre un inmueble vacante equivaldrá pues a una intervención sobre un inmueble ajeno, dado que por definición este tipo de inmuebles tiene dueño.

¿Quid si lo abandonado fuese a su vez una obra plástica? Debe entenderse que el estado de abandono afecta en sentido propio a su *corpus mechanicum* mas no al *corpus mysticum,* de tal forma que sólo el soporte material podría ser objeto de ocupación, en ningún caso los derechos de autor que acaso todavía recayesen sobre la obra[57]. Ello responde al principio de que la propiedad intelectual no es susceptible de derelicción, pues ésta requiere un acto de desprendimiento posesorio que, por definición, no es concebible en una propiedad cuyo objeto es de naturaleza inmaterial. Las obras intelectuales pueden pasar, a lo sumo, al dominio público, pero ello tampoco acontece en virtud de un acto de propietario sino merced al mero transcurso del tiempo legalmente previsto para que se extingan los derechos de explotación (artículo 41 LPI).

16. MATERIALES EN EL DOMINIO PÚBLICO

En el caso de crear a partir de materiales pertenecientes al dominio público, el carácter inapropiable de los mismos hace que el autor plástico no pueda hacerlos suyos por vía de accesión/especificación, ni tampoco –a diferencia de los bienes carentes de dueño– por vía de ocupación. Los bienes de dominio público, como sabemos, tienen naturaleza inalienable, inembargable e imprescriptible (artículo 6.a/LPAP y artículo 80.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, el cual extiende ese mismo régimen a los bienes co-

57. En medios uruguayos fue relativamente conocida la noticia de que Steve Tyler, miembro del célebre conjunto musical Aerosmith, se apropió en Montevideo de algunos lienzos que habían sido tirados a un contenedor de basura por la regente de una academia de pintura. En concreto Tyler se habría llevado varios cuadros pintados por Gonzalo Delgado Galiana, un antiguo alumno de la escuela que después ha destacado como artista, dibujante y director de arte, quien no los quiso retirar en su momento porque no le parecieron importantes. El canal televisivo Subrayado se hizo eco de esta noticia en su web el 14 de octubre de 2013, acompañando un vídeo donde había quedado registrado el momento en que Tyler encuentra y se lleva los lienzos, así como una posterior entrevista con el autor en la que éste da por bueno lo sucedido: *vid. http://www.subrayado.com.uy/Site/noticia/27643/steven-tyler-revolvio-un-contenedor-de-basura-en-montevideo.*

munales, entendiendo por tales «aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos»).

Cuestión diferente es que el empleo de este tipo de materiales para hacer una creación intelectual podría implicar un uso intensivo de los mismos, para lo que cabría plantear la necesidad de pedir autorización o concesión administrativa. El artículo 84.1 LPAP establece que nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos.

El artículo siguiente distingue tres tipos o grados de uso del dominio público: (i) el uso común de los bienes de dominio público, que sería el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados; (ii) el uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público, el cual, sin impedir el disfrute común, supone la concurrencia de factores tales como –entre otros– la intensidad del uso o la obtención de una rentabilidad, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste; (iii) el uso privativo, que es el que determina la ocupación de una porción del dominio público, con la consecuencia de limitar o excluir la utilización del mismo por otros interesados.

Cada uno de esos tres tipos de uso tiene su propio título habilitante (artículo 86 LPAP). Así, el uso común de los bienes de dominio público podrá realizarse libremente, sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de afectación o adscripción, y en las disposiciones que sean de aplicación. Por su parte, el aprovechamiento especial de los bienes de dominio público, así como su uso privativo, cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a *autorización,* o a *concesión* si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años. Por su parte, el uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado siempre por la correspondiente *concesión* administrativa.

En principio, lo normal será que el empleo de bienes de dominio público para efectuar una creación plástica no comporte un grado de uso tan intenso o excluyente que lleve a calificarlo como algo distinto del uso común, con lo que deberá entenderse que esa utilización puede realizarse libremente. La realización de una escultura temporal empleando la arena de una playa encajaría, por ejemplo, en esta modalidad de uso. Dicho lo cual, debe admitirse que en ocasiones el uso que se prevé realizar comporta un aprovechamiento especial del dominio público, que no excluye por completo el uso común pero que sí lo menoscaba o lo modula, en tanto aquél trae consigo un plus de utilización con respecto a la que puede considerarse la medida normal u ordinaria de uso. En el extremo, son

igualmente concebibles utilizaciones privativas, que determinan la ocupación no coyuntural de una porción del dominio público, limitando o excluyendo la utilización de esa porción por otros interesados.

Al hablar de obras que ocupan de forma intensiva áreas de dominio público viene inevitablemente a la mente el caso del «Monumento al Pescador», obra de Arcadi Blasco sita en El Campello (Alicante) y compuesta de dos partes interrelacionadas, una situada en tierra («Timón») y la otra –originalmente– en el mar («Proa»), a una distancia aproximada de cien metros. Para la instalación de la «Proa» el Ayuntamiento de El Campello había tenido que tramitar un expediente de concesión de ocupación del dominio público marítimo-terrestre. Más adelante volveremos a referirnos a este singular monumento porque circunstancias sobrevenidas provocaron una modificación del entorno donde la escultura se había instalado, dando lugar a una demanda del autor por vulneración de su derecho moral a exigir el respeto a la integridad de la obra. Aquí puede verse el emplazamiento de la «Proa», rodeada del agua del mar, tal y como Blasco la había concebido (fig. 10):



Fig. 10. «Proa» del "Monumento al pescador", de Arcadi Blasco.
Fuente: sitio web de la Asociación Cultural Alicante Vivo
(*http://www.alicantevivo.org/2009/02/esculturas-urbanas-de-arcadi-blasco.html*)

Asimismo, es muy característica la obra del pintor Agustín Ibarrola, conocida como «El Bosque de Oma» o «El Bosque Animado», una serie de pinturas efectuadas entre 1982 y 1985 sobre los troncos de los árboles en una zona boscosa de la Reserva Natural de Urdaibai que, al verlas en conjunto y desde diversas posiciones, van componiendo diferentes figuras geométricas, humanas y anima-

les (*vid*. fig. 11). Esta obra no ha tenido tanto problemas de confrontación de propiedades como de agresiones vandálicas[58], además de sufrir el deterioro derivado de la acción de la intemperie y del paso del tiempo[59]. El artista que trabaja sobre elementos de la naturaleza ha de asumir que su creación queda expuesta a esta clase de avatares que pueden ser causantes de menoscabos en la integridad de la obra, e inclusive llegar a motivar la completa destrucción de la misma. No obstante, en la medida en que los bienes de dominio público se encuentran bajo la garantía de conservación e integridad prestada por las Administraciones públicas correspondientes (artículo 6.e/LPAP), cabe entender que esa preservación comprende también la de la obra plástica que en su caso hubiera quedado plasmada en un elemento del dominio público merced a un título legitimador ostentado por su autor. Este deber se reforzaría en caso de que el bien hubiera merecido alguna figura de protección específica en el marco de la legislación sobre patrimonio histórico.

58. En el *Diario de León* de 21 de marzo de 2003 (*vid. http://www.diariodeleon.es/noticias/espana/ataque-bosque-encantado-oma_72759.html*) se informaba de un ataque a más de treinta árboles del Bosque de Oma por el procedimiento de lanzar pintura sobre los motivos estampados por Ibarrola. Se trataría, a decir de esta información, de la tercera vez que la obra sufría esta clase de agresiones. En mayo de 2000, radicales destrozaron con hachas una veintena de árboles pintados y causaron destrozos con pinturas en otros ochenta. En noviembre de 2001, desconocidos pintaron un centenar de árboles, destrozando las pinturas originales. Esta clase de ataques deben ponerse en el contexto de la pertenencia del autor a la plataforma «Basta Ya» y de su colaboración con el Foro de Ermua o la Fundación para la Libertad.

59. *El País* de 16 de julio de 2013 (*http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/07/16/paisvasco/1373971905_200725. html*) da cuenta del plan de la Diputación de Bizkaia de proceder a restaurar el Bosque de Oma. El proyecto, que se extendería hasta 2015, consistiría primero en estudiar, caracterizar y definir los materiales de la obra, los deterioros y los criterios de intervención a aplicar. A continuación, se llevarían a cabo los trabajos de conservación y restauración, así como un censado y catalogación de los árboles para su posterior control. Finalmente, se tratará de potenciar el valor científico de la intervención mediante su difusión en medios especializados.



Fig. 11. "Bosque de Oma", de Agustín Ibarrola. Fuente: sitio web de la Diputación Foral de Bizkaia (*http://www.bizkaia.net/kultura/museos/OMA/ver_foto.asp?pos=4*)

Pero probablemente el proyecto –que no obra, de momento– que quizás resulte más ambicioso e intensivo desde el punto de vista de la ocupación de espacios del dominio público es el concebido por Eduardo Chillida para ser construido en el interior de la Montaña Tindaya, en la isla de Fuerteventura («Proyecto Tindaya»). Su proyecto consistía en crear una cámara cúbica de aproximadamente 50 metros de lado en el interior de dicha montaña (*vid.* fig. 12), a una profundidad igualmente de unos 50 metros de la superficie. El espacio se conectaría con el exterior a través de dos túneles verticales, por donde entraría la luz del sol y de la luna, y un tercer túnel horizontal de 200 metros de longitud y sección cuadrada de 15 metros de lado, que además de servir de acceso permitiría observar el mar desde el interior[60]. El posible impacto ambiental de un proyecto de esta envergadura (la montaña Tindaya tiene la condición de bien de interés cultural por tratarse de una zona en la que están presentes manifestaciones rupestres, en concreto grabados podomorfos prehispánicos), además de su coste económico (estimado en unos 75 millones de euros), han sido las razones fundamentales que explican su paralización desde hace muchos años[61].

60. *Vid.* la entrada «La montaña mágica» en el blog *Los arquitectos son de Venus,* correspondiente al día 6 de julio de 2011 (*http://blog-arquitectura.blogspot.com.es/2011/07/la-montana-magica.html*). En ella se indica también que la escultura no incluía más materiales que los propios de la montaña, la cual además, en la concepción de Chillida, debía ser horadada a pico.
61. Por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Canarias, de 2 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 351052), se estima el recurso de Ecologistas en Acción,



Fig. 12. Recreación del proyecto de Eduardo Chillida para la Montaña Tindaya.
Fuente: sitio web de ARUP, firma de ingeniería designada para dirigir el diseño técnico del "espacio tallado" previsto por Chillida en el interior de la montaña (*http://www.arup.com/projects/eduardo_chillida_mount_tindaya.aspx?sc_lang=es-ES*).

Para hacer honor a la verdad, en una escala de grandiosidad bastante próxima a la del proyecto de Chillida, habría que situar los colosales embalajes monumentales de la pareja de artistas Christo y Jeanne-Claude. Como se recordará, las instalaciones de estos creadores consistían en cubrir temporalmente objetos de gran tamaño (puentes, monumentos, islas, costas) con envoltorios hechos con tela de polipropileno o de poliamida. A diferencia de otros casos comentados,

---

declarando que las Administraciones demandadas (Comunidad Autónoma de Canarias y Cabildo Insular de Fuerteventura) deberían haber procedido a la delimitación del ámbito de protección del bien de interés cultural como zona arqueológica, y al no haberlo hecho era nula la aprobación de las Normas de Conservación del Monumento Natural de la Montaña de Tindaya, que habían previsto cierta zonificación y regulación de usos acordes con la eventual ejecución del Proyecto de Chillida. Las Administraciones concernidas, no obstante, se planteaban trazar un nuevo perímetro del bien de interés cultural, de forma que éste no abarcase toda la montaña, lo que abriría la puerta a la zonificación que a su vez permitiera acometer el proyecto llegado el caso. *Vid.* el artículo de Txema Santana publicado en *El País* el 13 de septiembre de 2013 (*http://cultura.elpais.com/cultura/ 2013/09/12/actualidad/1378981977_369292.html*).

las creaciones de Christo y Jeanne-Claude comportaban un uso ciertamente muy intensivo, pero en cambio no permanente, de elementos de dominio público. Son por ello, al mismo tiempo, manifestaciones señeras del llamado arte efímero. Algunas de sus intervenciones más conocidas fueron el embalaje del edificio del Reichstag en Berlín (fig. 13), o el del Pont Neuf en París[62].



Fig. 13. «Wrapped Reichstag», Berlín (1971-95), de Christo y Jeanne-Claude. Foto: Wolfgang Volz. Fuente: sitio web de Christo y Jeanne-Claude (*http://www.christojeanneclaude.net/projects/wrapped-reichstag#.VFIKVd7WHyI*).

17. ¿DE QUÉ SE APROPIA LA FOTOGRAFÍA?

En el ámbito fotográfico, por definición, se producen menos conflictos entre la propiedad ordinaria sobre el soporte y la propiedad intelectual sobre la obra, ya que el fotógrafo no da forma a materiales preexistentes hasta conseguir transformarlos en una obra, sino que capta las imágenes de la realidad por medio de un instrumento óptico, como si del ojo humano se tratara. El sustrato de la fotografía

62. El carácter efímero de las creaciones de Christo le ha granjeado algunos problemas de protección, que en ocasiones han llegado hasta los tribunales. En el caso del Pont Neuf, la Corte de Apelación de París (Sentencia de 13 de marzo de 1986) reconoció que se trataba de una obra protegida y que el autor podía reclamar frente a una reproducción no autorizada de la misma en un cortometraje. En cambio, el *Tribunal de Grande Instance* de París, por Sentencia de 27 mayo de 1987, falló en contra de Christo y a favor de una agencia publicitaria, que en una de sus campañas había hecho uso de «su» idea de empaquetar puentes u otros objetos monumentales. *Vid.* Casas Vallés, R.: «La propiedad intelectual en los museos», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales,* nº 4 (2008), p. 81.

es la realidad misma, o mejor las imágenes que desprende, para cuya manipulación basta un solo instrumento: la cámara fotográfica.

Bien es cierto que, como ya hemos señalado, en el extremo del proceso de plasmación fotográfica (revelado, fotomontaje), el fotógrafo también obtiene soportes materiales, los cuales sí son susceptibles de suscitar una interrelación con la obra en sí. Por tanto, en el ámbito de la fotografía los conflictos derivados de la contraposición entre la obra y su soporte se darían en su caso a posteriori, una vez la imagen ha sido captada, pero raramente durante la fase de elaboración de la instantánea, ya que el fotógrafo no corre el riesgo de servirse de materiales ajenos: la captación de la imagen de alguien o de algo, a diferencia de lo que pensaran los aborígenes norteamericanos cuando eran retratados, no supone una apropiación de ese alguien o ese algo más que en sentido figurado.

Ahora bien, en el campo de la fotografía pueden darse otra clase de conflictos, en especial cuando lo registrado por la cámara sea una imagen personal o familiar tomada en un ámbito de privacidad, o se trate de un objeto protegido por disposiciones legales en materia de secreto o confidencialidad. No se tratará de si el fotógrafo puede «apropiarse» de esos objetos desde un punto de vista material por el hecho de haberlos fotografiado, sino de establecer si puede efectuar un registro gráfico de los mismos y si es lícito que las divulgue y explote.

Viene a propósito el caso resuelto por la STS (Sala 1ª) de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2371). Una modelo profesional había contratado los servicios de un fotógrafo para que éste le realizara un reportaje y obtener así un archivo de fotos con el que poder promocionarse entre las agencias. El reportaje se hizo, el fotógrafo entregó las copias y la comitente le abonó el trabajo encargado. Con posterioridad el fotógrafo cedió a una editorial, para la portada de un libro, el derecho de reproducción sobre una de las fotografías que había tomado a la modelo. Ésta interpuso demanda en ejercicio de acción civil de protección del derecho a la propia imagen, puesto que había dado su autorización obviamente para que el fotógrafo la retratase pero no para que éste publicase las fotografías en ningún medio. El caso se resuelve en las dos instancias a favor de la demandante, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por el fotógrafo, sobre la base fundamentalmente de que el artículo 7.6º de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, considera intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado por dicha Ley la utilización de la imagen de una persona, sin su consentimiento, con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. En particular, el Alto Tribunal descarta que sea necesario que la persona de cuya imagen se trate deba acreditar haber manifestado su negativa para que su fotografía, tomada con su permiso, pueda ser divulgada o utilizada para otros fines.

Por consiguiente, el objeto sobre el que puede confluir la propiedad intelectual de una fotografía no es tanto el *corpus mechanicum* en el que la foto quede fijada como, en los casos de retratos personales, la propia imagen de la persona fotografiada. Por añadidura, el derecho de autor del fotógrafo chocará con el derecho a la propia imagen del sujeto retratado. Pero en esa confrontación, a diferencia de lo que sucede cuando la propiedad intelectual se contrapone con la propiedad ordinaria, los dos derechos en liza no se hallan en el mismo nivel de protección. Mientras que la garantía última de la propiedad intelectual debe buscarse en la protección que la Constitución dispensa a la propiedad privada (artículo 33), el derecho a la propia imagen se encuentra protegido entre los derechos y libertades públicas fundamentales (artículo 18.1), siendo mencionado incluso como límite al ejercicio de las libertades de expresión y de creación literaria y artística[63].

18. DE LA REUNIÓN A LA DESUNIÓN: SEPARACIÓN DE LO MATERIAL Y LO INMATERIAL TRAS LA CREACIÓN DE LA OBRA

Como hemos visto, en la fase de gestación de la obra existe la posibilidad de que, bajo circunstancias muy determinadas, la especificación de la misma a partir de unos materiales ajenos determine la reunión en cabeza del autor de la propiedad intelectual sobre la obra y de la propiedad ordinaria sobre el soporte. Cuando tales condiciones no se den, el propietario del soporte será quien atraiga hacia sí la titularidad de los derechos de explotación. En cualquiera de los dos casos, ambas propiedades tienden a concentrarse en la mayor medida posible, sea que esta consolidación se produzca a favor del autor o a favor del dueño de la materia.

Cuando partimos de una situación inicial en la que los dos planos se encuentran reunidos, por realizar el autor la creación empleando materiales propios, esa tendencia a la concentración se invierte, al menos a partir del momento en que el autor decide introducir su obra en el mercado. Para esto el autor tiene dos posibilidades: o ceder todos o algunos de los derechos de explotación sobre la obra (*v. gr.* el derecho de exposición pública) pero reteniendo en su poder el soporte material de la misma, o enajenar dicho soporte sin acompañar la enajenación de la cesión de ningún derecho de propiedad intelectual sobre la obra. En cualquiera de los dos casos, es evidente que lo que estaba reunido en cabeza de un mismo sujeto (autor/propietario) pasará a disgregarse en dos titularidades: la del titular de dere-

63. Así lo recuerda Bercovitz Rodríguez-Cano, R., en su comentario a la Sentencia que ha sido reseñada, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 41 (abril-agosto 1996), pp. 841-842. El Tribunal había razonado sobre la base de la contraposición entre el derecho fundamental a la imagen y la libertad de creación literaria y artística, destacando la mención expresa que en el artículo 20.4 CE se hace de aquél derecho como límite a las libertades del artículo 20.1 CE.

chos de explotación (no autor) *versus* la del soporte material (autor), o la del dueño del soporte (no autor) *versus* la del titular de derechos de explotación (autor).

Ciertamente, el autor puede acompañar a la enajenación del soporte la cesión de derechos de explotación sobre la obra a favor del adquirente, y en ocasiones esa cesión puede ser de tan amplio alcance que prácticamente venga a situar al adquirente-cesionario en una posición similar a la del propio autor, en el sentido de concentrar en su poder la suma total de ambas titularidades. Aun así, desde el momento en que la obra ha sido creada tenemos que tener en cuenta el surgimiento a favor del autor de los derechos morales –derechos que, obviamente, no tenía antes de la creación– y por ende, aunque tanto el soporte como la globalidad de los derechos de explotación puedan ir a parar a las manos de un mismo sujeto, la disgregación estará servida porque el autor siempre va a retener en su poder una serie de facultades inalienables que le permitirán controlar en cierto modo el disfrute de su(s) propiedad(es) por parte del adquirente-cesionario.

Por consiguiente, todavía se percibirán en esta fase ciertos magnetismos que una propiedad ejerce sobre la otra. El de la propiedad intelectual es claro y a él acabamos de referirnos: a través de sus facultades morales el autor modulará de forma permanente el ejercicio tanto de los derechos de explotación sobre la obra como de la propiedad ordinaria sobre el soporte. A lo que hay todavía que añadir la retención en manos del autor de ciertas facultades patrimoniales que tampoco pueden ser transmitidas al adquirente-cesionario, ni siquiera en el caso de una cesión con el más amplio espectro imaginable. Me refiero al derecho de participación en el precio de reventa de una obra de arte original (Ley 3/2008) y al derecho de colección (artículo 22 LPI).

En cuanto al influjo de la propiedad del *corpus mechanicum* sobre la propiedad intelectual, como en seguida vamos a ver la Ley acepta que, aun a falta de pacto, quien deviene propietario del original de una obra de las artes plásticas (o de una obra fotográfica) adquiere también un mínimo de derechos de propiedad intelectual sobre ella –derecho de exposición pública–, e incluso puede adquirir la facultad de efectuar la divulgación de la obra cuando ésta permaneciese todavía inédita.

19. LA ENAJENACIÓN DEL ORIGINAL DE UNA OBRA PLÁSTICA: ALGO DE LA OBRA SE MARCHA CON SU SOPORTE

Una de las opciones que tiene el autor de una obra plástica o fotográfica para comercializarla consiste en la enajenación del soporte de la misma. La contemplación de una obra de esta naturaleza proporciona un goce estético insustituible por el que muchas personas están, obviamente, dispuestas a pagar. Ese acto de disfrute directo no pone en marcha ningún derecho de propiedad intelectual sobre la obra: la mera observación de una obra no se encuentra entre las facultades exclusivas del autor pues no comporta ningún acto de explotación.

Sucede, sin embargo, que el adquirente de un cuadro, de una escultura o de una fotografía, más allá del mero goce personal de la misma, puede estar interesado en explotar la obra a través de una actividad con terceros. En este caso necesitará proveerse de los derechos de explotación correspondientes de manos del autor (o de los herederos de éste). El legislador ha presupuesto que la persona interesada en adquirir el original de una obra de las artes plásticas o de una fotografía posee no sólo la voluntad de gozar de la contemplación directa y personal de dicho objeto, sino también la de efectuar una explotación del mismo por medio de la exposición pública[64].

Así se desprende del artículo 56.2 LPI, conforme al cual el propietario del original de una obra plástica o fotográfica, tendrá el derecho de exposición pública de la misma, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. Recuérdese que este precepto subsigue a un primer apartado del artículo 56 LPI en el que se ha establecido que, en principio, el adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última. La Ley parte de la existencia de una diferencia cualitativa entre las obras plásticas y fotográficas y los restantes tipo de obras, una diferencia sin duda ligada al hecho de que en esas dos categorías el acceso visual directo al original de la obra posee un valor que no está presente en otro tipo de creaciones. Por consiguiente, mientras que en los restantes casos no resulta crucial que la adquisición del soporte de la obra comporte la transmisión de ese derecho de explotación, en una obra plástica o fotográfica resulta, si no esencial sí natural, que el propietario del soporte esté facultado para exponerlo al público.

Pero la norma del artículo 56.2 LPI hay que leerla también en clave económica. Es sin duda mucho más eficiente, por el ahorro de costes de transacción que supone, que la decisión sobre la exposición pública de la obra la pueda tomar quien a fin de cuentas ostenta el poder material sobre el soporte, ya que en cualquier caso la exposición de la obra no podrá llevarse a efecto si no se puede disponer del original de la misma. Si la facultad de exposición la retuviera el autor, sería complicado articular la exposición cada vez que aquél decidiese llevarla a cabo, pues ello obligaría al propietario a desprenderse temporalmente del soporte a fin de dar cauce a la facultad de exposición ejercitada por el autor. Los conflictos entre señorío sobre el soporte y facultad autoral de exposición estarían

64. La exposición pública es una modalidad de comunicación pública que comporta el acceso presencial o *in situ* a una obra de arte o a alguna de sus reproducciones (artículo 20.2.h/LPI). Por extensión esta modalidad de explotación es aplicable a las obras fotográficas, no siendo descartable la exposición pública de los originales o reproducciones de otros tipos de obras, aunque quizás sólo en el caso de las obras plásticas (y, con menor intensidad, las fotográficas) la contemplación directa de la obra por parte del público resulta insustituible para obtener una experiencia plena de aprehensión del discurso inmaterial de la obra. En el resto de obras el acceso físico al manuscrito tiene un interés que se encuentra más relacionado con la aproximación a la persona del creador y al historial de creación de la obra que con la obra en sí.

servidos casi de continuo, con recíprocas apelaciones de uno y otro sujeto al abuso del derecho por parte del otro. Cabe pues pensar que el adquirente del soporte tendrá poderosos incentivos para exigir la no exclusión de la cesión de este derecho en los contratos, hasta el punto de que el autor será con frecuencia colocado en la tesitura de no poder vender el original si se empeña en retener en su poder la facultad de exposición pública sobre la obra[65].

Por todas estas razones debe considerarse sensato que la facultad de decidir sobre la exposición pública de la obra –no así otros derechos de explotación, que no provocan una servidumbre tan intensa sobre el original– se le asigne a quien en cada momento ostente la propiedad sobre el soporte y tenga, por tanto, la llave para llevar a cabo la explotación en cuestión. En fin, la regla del artículo 56.2 LPI viene a suponer una superación del criterio –claramente contrario a los principios económicos que se acaban de exponer– plasmado en el artículo 9º de la vieja LPI de 1879, en virtud del cual «la enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a sus derechohabientes». Como ha apuntado con acierto algún comentarista, el legislador de 1987 optó por la presunción contraria [a la de la Ley de 1879] «en la creencia de que se ampliaría la demanda de obras de arte al no tener que pactar el comprador la adquisición del derecho de exposición pública»[66].

Resta por hacer una observación por lo que se refiere a los derechos de alquiler y préstamo, ya que podría considerarse que éstos pueden brindar al autor una vía indirecta de controlar los actos de exposición, al menos en parte, en la medida en que la puesta a disposición del soporte por parte del propietario al ente organizador de la exposición comportará las más de las veces una cesión temporal de uso que podría encajar en las nociones de alquiler o de préstamo[67]. Los derechos de alquiler y préstamo no se agotan por el hecho de la transmisión de la propiedad sobre el soporte, sino que se retienen en poder del autor como facultades exclusivas que le permiten controlar algunos actos subsiguientes de distribución del original o los ejemplares de la obra, con independencia obviamente de que el autor no ostente la propiedad sobre esos objetos materiales.

---

65. La norma del artículo 56.2 LPI se configura en principio como una norma dispositiva: el autor transmitente del soporte puede excluir la cesión de este derecho de exposición pública en el acto de enajenación del original. Sin embargo, el precepto exige que dicha exclusión se refleje «expresamente» en dicho acto.
66. *Vid.* Rodríguez Tapia, J. M.: «Comentario al artículo 56 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. J. M. Rodríguez Tapia), 2ª ed., Civitas, 2009, p. 456.
67. Conforme al artículo 19.3 LPI, «se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto», mientras que conforme al artículo 19.4 LPI, «se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público».

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el segundo párrafo del artículo 19.3 LPI, quedan excluidas del concepto de alquiler, *la puesta a disposición con fines de exposición,* de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta *in situ*. Quiere decirse que el legislador ha extraído del *ius prohibendi* del autor la cesión temporal de uso con finalidad de propiciar una exposición de la obra, al menos cuando esté presente un beneficio económico o comercial directo o indirecto, lo que viene a zanjar el problema. Es cierto que, sorprendentemente, la disposición final primera de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas, por la que se dio nueva redacción al artículo 19.4 LPI, vino a suprimir el párrafo de este precepto conforme al cual, se decía que quedaban excluidas del concepto de préstamo las mismas operaciones mencionadas en el párrafo segundo del anterior apartado 3 y las que se efectúen entre establecimientos accesibles al público[68].

A su vez, esa supresión ha sido neutralizada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo primero, número 1, modifica el artículo 19.4 LPI, precisamente para recuperar en él ese párrafo perdido, por el que se establece la exclusión del concepto de préstamo de las operaciones mencionadas en el párrafo segundo del apartado 3 y las que se efectúen entre establecimientos accesibles al público. Pero aunque así no hubiera sido, no hay que olvidar la necesidad de llevar a cabo una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, en particular de aquellas normas que provengan de la transposición de preceptos comunitarios[69], a lo que se añadiría el dato de que el derecho de préstamo sólo se puede hacer valer respecto de actos [de cesión temporal de uso sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto] efectuados por *establecimientos accesibles al público,* lo que difícilmente sería el caso del propietario del original de una obra plástica que, habiendo adquirido el derecho de exposición pública, necesita propiciar un préstamo de la obra a fin de articular un concreto acto de exposición.

20. LA ENAJENACIÓN DEL ORIGINAL DE UNA OBRA PLÁSTICA NO DIVULGADA

La norma del artículo 56.2 LPI va algo más lejos de lo comentado hasta ahora. No se trata solamente de que el propietario del original de una obra de

68. Dicho párrafo, que lucía como tercero del apartado 4 del artículo 19 LPI desde la aprobación del Texto Refundido de la LPI por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, provenía a su vez del artículo 1.3 de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

69. La exclusión a la que me vengo refiriendo aparece plasmada en el Considerando (10) de la Directiva 2006/115/CE, antes Directiva 92/100/CEE.

arte o de una obra fotográfica adquiera, de manera casi automática, el derecho de exposición pública de la misma. El legislador vio con nitidez que asignar al propietario del soporte el derecho de exposición pública podría servir de poco en los casos, harto frecuentes, en que la obra no hubiera sido objeto todavía de un acto de divulgación. Dado que la ley atribuye al autor la facultad de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma (artículo 14.1º LPI), la exposición pública de la obra podría verse bloqueada por un ejercicio negativo del derecho moral de divulgación por parte del autor. Por ello, el precepto subraya que el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, *aunque ésta no haya sido divulgada,* y salvo que el autor haya excluido expresamente aquel derecho en el acto de enajenación del original.

El artículo no dice –no podría hacerlo, puesto que se trata de una facultad inalienable– que el propietario del original adquiera el derecho de divulgación. Se limita a establecer que el hecho de la no divulgación de la obra no será un obstáculo para que el propietario adquiera el derecho de exposición pública; y por añadidura se entiende que tampoco podrá serlo, llegado el caso, para el ejercicio de ese derecho por parte del propietario.

Sobre si ha de entenderse que el autor estaría ejercitando su derecho a decidir la divulgación de la obra o si lo que estaría llevando a efecto es, derechamente, la divulgación de la obra como acto, el precepto no es lo suficientemente explícito y ello ha propiciado un debate doctrinal al respecto con una clara división de posturas. En mi opinión se encuentra mejor fundada la interpretación, según la cual, lo que debe desprenderse del artículo 56.2 LPI es que el hecho de que la obra no haya sido divulgada no representa un problema debido a que el autor estaría ejercitando su derecho a decidir la divulgación, al aceptar que ésta se produzca con ocasión de la exposición pública a la que paralelamente está facultando al adquirente del original. Esta tesis se apoya en el dato de que, conforme al artículo 4º LPI, la divulgación de una obra es toda expresión de la misma que, *con el consentimiento del autor,* la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma, lo cual es claramente indicativo de que el ejercicio de la divulgación no necesita ser realizado por el propio autor, con tal de que pueda establecerse que éste ha dado su consentimiento a la misma[70]. Frente a ello, no parece que la enajenación del original a favor de un singular propietario pueda hacerse equivaler al hecho

70. Son de esta opinión, entre otros, Casas Vallés, R.: «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual.* Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000, I, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, p. 267; Pérez de Ontiveros Baquero, C.: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación,* Civitas, Madrid, 1993, p. 200; Bercovitz Álvarez, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor,* Tecnos, Madrid, 1997, pp. 318-319; Marín López, J. J.: *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra,* ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 116-118.

en sí de la divulgación[71]. La divulgación como acto, que es lógica y cronológicamente separable de la decisión acerca de la misma, requiere que la obra se haga accesible al público, y todo apunta a que este requisito no se satisface cuando la accesibilidad queda limitada a la persona del adquirente del soporte original de la obra[72]. En consecuencia, en el caso descrito en el artículo 56.2 LPI la divulgación como hecho acontecerá toda vez que el propietario del original lleve a cabo la exposición pública, lo que resulta perfectamente compatible con que la decisión a propósito de la divulgación se produzca con ocasión de la enajenación del original de la obra sin excluir expresamente la cesión de la facultad de exposición.

El precepto finaliza diciendo que «*en todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho [se refiere ahora al de exposición pública], mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional*». Es un corolario del cuasi automatismo con que la facultad de exposición pasará al adquirente del original y de que el derecho de divulgación no pueda ser ya hecho valer porque habría sido ejercitado en el momento de la enajenación.

En mi opinión estamos ante una aplicación concreta del derecho moral de integridad del artículo 14.4º LPI, y en ese sentido probablemente el resultado práctico habría sido el mismo aunque el artículo 56.2 LPI no contuviera esa salvedad final[73]. Desde el momento en que aquel precepto faculta al autor para «exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación», hay margen para considerar que una exposición pública hecha en condiciones tales como las descritas en el artículo 56.2 *in fine* LPI, comporta un «atentado» contra la obra –entendiendo ese término en sentido lato o figurado– con menoscabo para la reputación del autor. Para algunos el ámbito de protección que brinda el último inciso del artículo 56.2 LPI es más amplio que

71. Como en cambio sostiene Hualde Sánchez, J.: «Comentario al artículo 56 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. R. Bercovitz), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 890-891. Para este autor sería ilógico admitir que una obra puede ser enajenada sin que se produzca por ese hecho su divulgación. Hualde considera además que otra forma de entenderlo provocaría serios problemas interpretativos, como por ejemplo qué sucede si pese a haberle facultado para ello, el adquirente del soporte no procede después a la exposición de la obra y en consecuencia no la divulga. La tesis de que la divulgación tendría lugar por el hecho de la enajenación de la obra, es sostenida igualmente por Espín Cánovas, D.: *Los derechos del autor de obras de arte,* Civitas, Madrid, 1996, pp. 105-106.

72. Siguiendo una interpretación sistemática, con apoyo en el artículo 20.1 LPI, estimo que la noción de *público* debe asociarse a la de *pluralidad de personas*.

73. Quizás lo que sucede es que el legislador ha sentido la necesidad de establecer un contrapeso a favor del autor, así como de introducirlo explícitamente en el mismo precepto en el que se otorga al propietario del soporte la doble ventaja de recibir casi por defecto la facultad de exposición pública y de entender que queda autorizado, si fuera necesario, para efectuar la divulgación de la obra.

el ofrecido por el artículo 14.4 LPI, en la medida en que la exposición puede atentar contra el honor del autor no porque se haya atacado a la obra en su integridad material sino porque ciertos elementos que acompañan a la presentación pública de la obra repercutan negativamente en la reputación o el honor del autor[74]. A mi modo de ver no hay por qué interpretar que las lesiones a la integridad de la obra a las que se refiere el artículo 14.4º LPI sólo pueden provenir de ataques en el plano material, antes bien el precepto abarca igualmente los casos en que la obra resulta desnaturalizada por una inadecuada contextualización o una presentación denigrante de la misma ante el público[75].

21. LA RETENCIÓN POR EL AUTOR DEL ORIGINAL DE LA OBRA DE ARTE: ALGO DE LA OBRA SE MARCHA SIN SU SOPORTE

Aunque la Ley no hace una contemplación específica de este caso, es obvio que el autor puede retener en su poder el original de la obra de arte y desprenderse de alguna o de todas las facultades de explotación sobre la misma. Ciertamente, no parece ser éste el comportamiento estándar de los creadores plásticos ni es el esquema conforme al que se organiza el mercado del arte, que se apoya en gran medida en los actos de enajenación de los originales, vayan a su vez acompañados de una cesión mayor o menor de los derechos de explotación del autor.

Dicho lo cual, es cierto que en determinadas fases de la comercialización de la obra, el autor puede preferir retener en su poder el original, hasta tanto se pro-

---

74. Ésta es concretamente la opinión de Vicent López, C.: *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada,* ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1999, pp. 131-135, quien pone el ejemplo de dos casos de la jurisprudencia italiana en los que estaba en juego la disconformidad del autor con cierta exposición debido a la calificación que los organizadores habían dado a su obra, correspondiente a un estilo que ya no practicaba (caso De Chirico, resuelto por la Corte de Apelación de Venecia el 25 de marzo de 1955, que desestimó la pretensión indemnizatoria del pintor), y la retrospectiva de un autor que sus herederos no consideraron suficientemente representativa del conjunto de su obra (caso Parmeggiani, resuelto por la Pretura de Verona el 21 de marzo de 1987 en sentido favorable a los demandantes, si bien el fallo fue después revocado por la Corte de Apelación de Venecia). También se inclina por esta interpretación Marín López, J. J.: *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra,* ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 121-122, pues al examinar este caso alude a «otras hipótesis imaginables en las que, sin infringir el derecho de integridad, la exposición lesiona el honor y la reputación profesional a la que tiene derecho el autor en su condición de tal». Este autor refiere incluso un tercer grupo de casos, a saber, el de aquéllos en que la exposición lesiona no la reputación profesional del autor sino su honor como persona, los cuales reconduce a la protección brindada por la LO 1/1982.

75. Así lo consigna Martínez Espín, P.: «Comentario al artículo 14 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. R. Bercovitz), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 224, quien además facilita diversas referencias jurisprudenciales que confirmarían esta interpretación.

duzca en su caso la localización de un comprador interesado, de tal manera que en ese ínterin la asignación de la facultad de exposición pública, por ejemplo a una galería o a un marchante, cumple una función eminentemente promocional. En otras ocasiones, sin embargo, el autor enajena el original al intermediario, por más que se trate de una enajenación puramente fiduciaria. Entiendo que ello no obsta para que esta adquisición tenga la virtud de provocar la cesión por defecto, a favor del marchante o de la galería, de la facultad de exposición pública en los términos previstos en el artículo 56.2 LPI.

Cuando el autor retiene en su poder el original pero no conserva los derechos de explotación, y sobre todo cuando no conserva el de exposición pública, tendrá que asumir la servidumbre derivada de tener que proporcionar acceso al soporte de la obra al titular del derecho de exposición a fin de que éste pueda ejercitarlo como corresponde. Precisamente por esto, como decía, resulta poco eficiente en términos económicos que la propiedad sobre el original y la titularidad sobre la facultad de exposición pública no se encuentren reunidas en la misma persona[76].

Como regla general, por tanto, debe entenderse preferible para el autor proceder a la enajenación del soporte junto con una cesión, de mayor o menor alcance, de los derechos sobre la obra, en lugar de propiciar una cesión de derechos de explotación combinada con la retención en su poder del *corpus mechanicum*. De hecho, serán pocos los cesionarios de derechos de explotación que acepten no adquirir simultáneamente la propiedad ordinaria sobre el soporte de la obra. El autor debe entender que la propiedad intelectual protege suficientemente sus intereses, y que no es necesario amplificar el control sobre la obra por el expediente de conservar en su poder la propiedad ordinaria sobre el original; máxime cuando, como a continuación veremos, el ordenamiento prevé el mantenimiento en poder del autor de algunas estratégicas facultades, incluso en el caso de que se hubiera desprendido del soporte y hubiera efectuado una cesión extensa de los derechos de explotación sobre la obra.

22. LA ENAJENACIÓN DEL ORIGINAL DE UNA OBRA PLÁSTICA: LO QUE NUNCA SE MARCHA CON EL SOPORTE

La enajenación del original de una obra plástica, ligada a la transmisión de un abanico de derechos de explotación sobre la misma, por muy amplio que este abanico sea, no priva al autor completamente de cierto control sobre su obra. El vínculo entre el autor y su creación, toda vez que ésta haya sido objeto de comercialización, queda asegurado fundamentalmente gracias a los derechos mo-

76. En este sentido, igual de ineficiente sería que el autor enajenara la propiedad ordinaria sobre el original de la obra a un sujeto «A» y transmitiera los derechos de explotación sobre la misma a otro sujeto «B». Las interferencias entre ambos sujetos, derivadas del *a priori* legítimo ejercicio del derecho de cada uno, serían incesantes.

rales, que nuestro ordenamiento reconoce en el artículo 14 LPI, configurándolos como irrenunciables e inalienables. El adquirente-cesionario de la obra tendrá que aceptar una cierta modulación de su derecho de propiedad derivado de los derechos morales que el autor siempre conservará.

Así, en la explotación que lleve a cabo de la obra (*v. gr.* en los catálogos de las exposiciones que organice), el cesionario deberá efectuar un puntual reconocimiento de la condición de autor, haciendo constar el nombre de éste en relación con la obra (artículo 14.3º LPI), o respetando en su caso el deseo del autor de que la obra se divulgue de forma anónima o bajo seudónimo o signo (artículo 14.2º LPI).

Menos habitualmente podrá suceder que el autor decida ejercitar su derecho de modificación sobre la obra (artículo 14.5º LPI), o su derecho de retirada del comercio (artículo 14.6º LPI). Ambas facultades morales tienen una potencia de impacto mucho mayor sobre la propiedad del adquirente-cesionario, pero precisamente por eso se rodean de importantes cautelas. Así, el autor que ejercite su facultad de modificación deberá respetar «los derechos adquiridos por terceros», además de las exigencias que pudiesen derivar de la protección de bienes de interés cultural, mientras que el ejercicio de la facultad de retirar la obra del comercio está subordinada a que: (i) el autor la justifique basándose en un cambio de convicciones intelectuales o morales; (ii) el autor indemnice previamente los daños y perjuicios que la retirada causará a los titulares de derechos de explotación; (iii) en caso de reanudación de la explotación comercial de la obra, el autor ofrezca los correspondientes derechos al anterior titular en condiciones similares a las originarias.

23. EN PARTICULAR, EL DERECHO DE ACCESO AL EJEMPLAR ÚNICO O RARO DE LA OBRA

Una facultad moral que en principio no modula los derechos de explotación transmitidos al cesionario, sino que incide sobre el derecho de propiedad ordinaria que recaiga sobre el soporte, es el derecho moral de acceso al ejemplar único o raro de la obra que se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que corresponda al autor (artículo 14.7º LPI)[77]. Decimos que en principio no modulará los derechos de explotación que posea el

77. El acceso del autor al ejemplar único de su obra parece haber sido entendido de manera muy peculiar por el célebre arquitecto austriaco-americano Richard Neutra. Era tal la importancia que Neutra otorgaba a identificar las necesidades reales de sus clientes, que llegaba a establecer por contrato la posibilidad de visitar las viviendas ya entregadas y en uso para contrastar si resultaban «confortablemente prácticas» tal como las había diseñado, a fin de mejorar futuros proyectos. Obviamente, ni la finalidad de este tipo de acceso coincide con la del derecho del artículo 14.7º LPI, ni estaríamos ante el ejercicio de un derecho *erga omnes* sino de una prerrogativa emanada de una estipulación contractual.

cesionario, porque el acceso a la obra se deberá desenvolver en un tracto único y sin interferir en la explotación que acaso esté llevando a cabo el propietario. En este sentido, el artículo 14.7º LPI señala que «este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen».

Aunque el precepto prevé que el acceso tenga como finalidad el ejercicio por parte del autor del derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda, teniendo en cuenta que en el caso de las obras de arte, como sabemos, el artículo 56.2 LPI presume que por la enajenación del soporte el autor ha consentido ya para que el adquirente divulgue la obra, y por consiguiente ha ejercitado ya el derecho a decidir la divulgación, la divulgación sólo podría ser el objetivo del acceso cuando el adquirente, pese a todo, no la hubiera efectuado todavía[78].

Lo normal será que el propósito que mueve al autor a recurrir a su derecho moral de acceso sea el ejercicio de otros derechos [patrimoniales] que se encuentren en su poder. Dado que, tratándose de obras plásticas, nuevamente hemos de partir de la presumible cesión al adquirente del soporte del derecho de exposición pública, serán otros los derechos de explotación que el autor pretenda activar. Obviamente, entre ellos no puede estar el de distribución mediante venta, no tanto porque este derecho se agote de resultas de la primera transmisión[79], sino porque el autor carecería de título para enajenar el soporte original de la obra toda vez que la propiedad de éste habría pasado a manos del adquirente. Tampoco el de alquiler o préstamo público, en la medida en que el precepto ni siquiera permite exigir al propietario el desplazamiento físico del soporte.

La cuestión se reduce pues al derecho de reproducción y al de comunicación pública en una modalidad distinta de la exposición al público, sin descartar –aunque será menos frecuente– el derecho de transformación. En efecto, los casos más habituales son aquéllos en que el autor desea acceder al ejemplar único de la obra para obtener de ella una reproducción fotográfica, con vistas a incluir la imagen en un catálogo de su obra, en una revista, en un sitio web, o a realizar estampaciones sobre objetos de uso práctico. También puede ocurrir que el objetivo sea realizar una filmación, ya sea con finalidad informativa, en cuyo caso los efectos

78. Coincido con Marín López, J. J.: *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra,* ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 225. Ello supone descartar –como también descarta este autor, *op. cit.* pp. 106-109– que el derecho de divulgación no se agote completamente por el hecho de haberlo ejercitado en una determinada forma.

79. Así lo cree en cambio Marín López, J. J.: *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra,* ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 226. El agotamiento del derecho de distribución lo que veda es que el autor pueda impedir que el adquirente del original o ejemplares de la obra lleve a cabo una nueva venta de los mismos. La imposibilidad de que el autor efectúe esa misma venta derivaría, sencillamente, de que tales objetos materiales no le pertenecen.

podrían agotarse en una emisión televisiva puntual, o con finalidad documental, lo que propiciaría que quedase registrada en una grabación audiovisual duradera.

El derecho de exposición pública no podría estar en juego porque, como regla, el autor no lo ostentará. Pero incluso aunque el autor se lo hubiera reservado expresamente en el acto de enajenación, existiría el obstáculo derivado de que, conforme al artículo 14.7º LPI, no se puede exigir al dueño el desplazamiento de la obra, siendo obvio que dicho desplazamiento es imprescindible para efectuar una exposición pública. Ahora bien, lo normal será que el contrato por el que el autor haya enajenado la obra especifique en qué condiciones podrá el autor ejercitar su derecho de exposición pública, sin que en rigor sea necesario recurrir al derecho moral de acceso y sin que por tanto el propietario pueda hacer valer la limitación que se establece en el artículo 14.7º LPI. Incluso a falta de contemplación expresa, se ha sostenido que la obligación del propietario de permitir el desplazamiento de la obra debe considerarse implícita en los casos de enajenación de un original con reserva del autor de la facultad de exposición, al objeto de propiciar que esta facultad pueda ser ejercitada de manera efectiva[80].

Hay dudas sobre si el autor, que no se ha reservado el derecho de exposición pública con ocasión de la enajenación del soporte, puede ejercitar el derecho de acceso para llevar a cabo una exposición retrospectiva o antológica de toda su obra. Aunque la doctrina se ha inclinado por negar esta posibilidad, de nuevo sobre la base de que no puede imponerse al propietario del soporte el desplazamiento físico de la obra[81], debe tenerse en cuenta la existencia del derecho de colección, en virtud del cual «la cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa» (artículo 22 LPI). Este peculiar derecho, a caballo entre una facultad moral y una facultad patrimonial residual, podría dar algún juego en estos casos, imponiendo al propietario material del soporte cierta servidumbre en pos de hacer factible esa reunión de la obra del autor en colección completa o selecta[82].

---

80. *Vid.* Marín López, J. J.: *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra,* ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 228.
81. *Vid.* Casas Vallés, R.: «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual.* Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000, I, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, p. 272; Marín López, J. J.: *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra,* ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 226-227.
82. Soy consciente de que la interpretación al uso de este derecho es que su ámbito natural de aplicación es el de la edición de obras impresas, o a lo sumo el de la reproducción de las obras en fonogramas o soportes similares. *Vid.* Rivero Hernández, F.: «Comentario al artículo 22 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. R. Bercovitz), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 399. Tampoco ignoro que la noción de «publicación» se vincula con una forma de divulgación realizada mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma (artículo 4º LPI). En el caso de las

24. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN EL PRECIO DE REVENTA DE LA OBRA

El autor que enajena el original de su obra de arte no puede ya impedir que el adquirente revenda dicho soporte, ni naturalmente tampoco podrá impedir que los ulteriores adquirentes propicien nuevas reventas a favor de terceros subadquirentes, y así sucesivamente. El autor ostenta un derecho de distribución, pero el alcance de este derecho es relativamente corto, al menos cuando se trata de la distribución mediante venta, lo que será –me temo– el caso estándar en el ámbito de las obras de arte.

El artículo 19 LPI, tras sentar en su apartado primero que por distribución se entiende «*la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma*», aclara en su apartado segundo que «*cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial*». Es el célebre principio de agotamiento del derecho de distribución que, en virtud de la Directiva 92/100/CEE, actualmente 2006/115/CE (artículo 9º.2), tiene como marco geográfico de referencia el territorio de la Unión Europea.

Sin duda, estamos ante un triunfo de la poderosa propiedad ordinaria sobre lo inmaterial. En hipótesis, aunque el autor no fuera el dueño de esos ejemplares la Ley podría concederle el derecho exclusivo a controlar su circulación, en la medida en que dichos ejemplares llevan incorporada su obra. Éste es el criterio que anima a reconocer al autor el derecho exclusivo a controlar el alquiler y el préstamo público de ejemplares de su obra, de los que obviamente el autor tampoco es propietario. Sin embargo, se sustrae al autor esta facultad cuando se trate de reventas de ejemplares que hubieran sido comercializados a su vez mediante venta, contando con su consentimiento. Con todo, los efectos del agotamiento se circunscriben a un ámbito geográfico, que en el caso de los países comunitarios es el territorio de la UE. Quiere decirse que fuera del ámbito espacial de referencia, el autor sí puede controlar las reventas del original o ejemplares de su obra, pese a haberse vendido aquél o éstos con su consentimiento.

Como fácilmente se alcanza, el agotamiento del derecho de distribución se antoja un mecanismo especialmente lesivo para los autores de obras plásticas, cuya comercialización descansa típicamente en la venta del soporte original de la obra, soporte que es a menudo objeto de una serie de enajenaciones posteriores en cada una de las cuales el precio de la obra suele sufrir importantes revalorizaciones. Puesto que el autor sólo va a poder controlar la primera de esa cadena de transmisiones, ha de fiar toda su remuneración a lo obtenido como producto

---

obras plásticas, sin embargo, un solo ejemplar de la obra puede satisfacer razonablemente las necesidades del público, habida cuenta de la naturaleza y finalidad de las mismas.

de la misma, siendo así que la primera venta de la serie no suele ser la que lleva aparejado un precio más elevado, sino más bien al contrario.

Así pues, las obras de arte tienen un gran potencial para generar plusvalías en el mercado secundario de la reventa, plusvalías que sin embargo no pueden beneficiar de forma lineal al autor, el cual ve cómo su *ius prohibendi* se agota con motivo de la primera venta. Si a ello unimos que, con carácter general, los autores de obras plásticas no pueden extraer de ellas los aprovechamientos típicos, habituales en otros campos de la creación, conectados con la reproducción y distribución mediante ejemplares y/o con la comunicación pública secundaria masiva a través de la radiodifusión o basada en grabaciones previas, resulta que el artista plástico viene en cierto modo a sufrir una *discriminación,* derivada curiosamente del hecho de recibir el mismo tratamiento que el resto de autores, siendo así que en realidad su situación es netamente diferente y debería provocar la consecuente adecuación de su régimen legal[83]. En alguna medida, la propia Directiva 2001/84/CE, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, vendría a confirmar este enfoque cuando en su Considerando (3) señala que «*este derecho tiende a restablecer un equilibrio entre la situación económica de los autores de obras de arte gráficas y plásticas y la de otros creadores que se benefician de la explotación sucesiva de sus obras*».

Para paliar, al menos en parte, esta situación surge el derecho de participación, en virtud del cual el autor de una obra de arte, que no puede impedir que se produzcan esas sucesivas enajenaciones del original de su obra, sí va a poder al menos percibir una remuneración en forma de participación proporcional en el precio obtenido con la reventa de su obra. Las justificaciones teóricas de este derecho son muy variadas. Así, según una de ellas, el derecho de participación trata de conseguir que el autor se beneficie de lo que sería el precio justo de su obra, aquél que capta el valor intrínseco de la misma y que no aflora sino con ocasión de las sucesivas reventas. Los superiores precios alcanzados en éstas pondrían retrospectivamente de relieve que el artista, al vender por un precio muy inferior, habría sufrido una suerte de *lesión*[84].

---

83. *Vid.* una reflexión de esta naturaleza en Casas Vallés, R.: «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI: bases teóricas», en *Derechos del artista plástico* (Coord. A. Bercovitz), ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 94. Dice Casas que el *modelo Gutenberg,* al que suelen sujetarse las Leyes de propiedad intelectual tradicionales, «está pensado para obras susceptibles de explotación mediante ejemplares en sentido estricto. Son perfectas para el escritor o el músico, que venden libros y discos. En cambio, para el pintor o el escultor, que enajenan la propia obra, resultan nefastas. La igualdad formal de los autores, escondería así una desigualdad material».
84. La expone Casas Vallés, R.: «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI: bases teóricas», en *Derechos del artista plástico* (Coord. A. Bercovitz), ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 92, aunque no la comparte. Para Casas no puede decirse que el precio cobrado por el autor no fue justo, pues sería ni más ni menos que el de mercado, a lo que añade: «la eventual injusticia de un precio no puede determinarse, retrospectivamente, en función del valor actual que el bien ha alcanzado» (p. 93).

Una segunda tesis sitúa al *droit de suite* en un área cercana a la de la prohibición de enriquecimiento injustificado: puesto que el autor contribuye, con su actividad posterior, a la revalorización de su obra ya vendida, es justo que participe en la plusvalía que ésta experimente, pues de otro modo el vendedor se enriquecería a costa del esfuerzo del artista plástico[85]. Una variante de esta tesis es la que configura el *droit de suite* como un incentivo para que el artista siga produciendo obra e incrementando el valor de su obra anterior: el artista que está dispuesto a descontar parte del precio de venta a cambio de fijar un derecho de participación demuestra confiar más en su capacidad para desarrollar una carrera profesional a largo plazo. De esta forma, el derecho de participación cumpliría una función de señalización para los compradores profesionales, aunque dicha función se ve truncada cuando el derecho en cuestión, como sucede en nuestro sistema, se configura con carácter irrenunciable[86].

También se ha querido explicar el *droit de suite* desde la óptica del cambio sobrevenido de circunstancias contractuales o cláusula *rebus sic stantibus*. La obra se vendió por el precio de mercado en su momento, pero el artista no podía prever lo que ocurriría en el futuro («error de previsión») pues de haberlo hecho habría exigido un precio más alto. El derecho de participación sería el instrumento que serviría para revisar ese pacto contractual ante las nuevas circunstancias[87]. Nuestra LPI no es ajena a una figura de esta naturaleza, pues en sede de transmisión de los derechos regula lo que denomina «acción de revisión por remuneración no equitativa», la cual se dirige a corregir la manifiesta desproporción que sobrevenidamente se manifieste entre la remuneración percibida por el autor en una remuneración a tanto alzado y los beneficios obtenidos por el cesionario gracias a la explotación de la obra (artículo 47 LPI). Ocurre sin embargo que este instrumento de naturaleza eminentemente contractual no es comparable a un derecho que, como el de participación, opera *erga omnes,* de forma reiterada e indefinida[88].

---

85. Rubí Puig, A.: «Incentivos, costes de transacción y *rent-seeking* en la regulación del derecho de participación de artistas plásticos», *pe. i. revista de propiedad intelectual* nº 38 (mayo-agosto 2011), p. 92, considera esta tesis más refinada que la anterior. Sin embargo, a su juicio, presenta el inconveniente de que el derecho de participación opera incluso aunque el precio de reventa sea inferior al de venta, y por tanto no necesariamente va ligado a una «plusvalía».
86. Lo explica Rubí Puig, A.: «Incentivos, costes de transacción y *rent-seeking* en la regulación del derecho de participación de artistas plásticos», *pe. i. revista de propiedad intelectual* nº 38 (mayo-agosto 2011), pp. 92-93, haciéndose eco de la tesis de Hansmann y Santilli en «Royalties for Artists versus Royalties for Authors and Composers», *Journal of Cultural Economics,* vol. 25/4 (2001), pp. 259-281. Otra explicación que convence a Rubí es la de que el derecho de participación equivale a la contratación de una especie de seguro: la reducción del precio que sufre el artista es la prima que éste paga para poder obtener en el futuro, en caso de que se produzca el evento incierto consistente en la reventa, la renta pactada o fijada legalmente.
87. *Vid.* Casas Vallés, R.: «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI: bases teóricas», en *Derechos del artista plástico* (Coord. A. Bercovitz), ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 93.
88. Destaca estos rasgos Casas Vallés, R.: «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI: bases teóricas», en *Derechos del artista plástico* (Coord. A. Berco-

Sea como fuere, lo cierto es que conforme al artículo 1º de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original:

> «*Los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. (...)*».

Como puede verse, el rango de obras es amplio e incluye a las fotografías, obras eminentemente reproducibles que sí tienen un circuito de comercialización propio del modelo Gutenberg[89]. Es más, el último inciso del precepto prevé incluso la aplicación del derecho a los ejemplares de obras de arte que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad, los cuales pasan a recibir la consideración de obras de arte originales, siempre que dichos ejemplares estén numerados, firmados o de otro modo autorizados por el autor.

Ahora bien, más allá del espectro de obras –y de autores– a las que en hipótesis beneficia, lo cierto es que el ámbito de aplicación de este derecho es bastante reducido, lo que permite afirmar que, pese a las críticas recibidas desde las filas de marchantes, galeristas y subastadores, la incidencia que causa en el señorío que ostenta el propietario de una obra de arte original es exigua.

Para empezar, debemos subrayar que el derecho de participación sólo se conecta con la reventa de la obra, nunca con otra clase de actos llevados a cabo por el dueño de la misma, como pudieran ser en concreto las exposiciones públicas. Por muy intensiva que pueda ser la explotación de la obra en este terreno, de nada le valdrá al autor, que se deshizo de ella enajenando su soporte a cambio de un precio alzado, con toda seguridad limitándose a no excluir expresamente el derecho de exposición pública y sin acordar una concreta remuneración ligada a esta modalidad de explotación. No sería disparatado que, en lugar o además del *droit de suite,* el legislador configurase un derecho de tipo remuneratorio ligado a los actos de exposición pública, lo que resultaría coherente con la presunción *iuris tantum* de cesión de esta facultad a favor del adquirente de la obra[90].

---

vitz), ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 93, quien en definitiva no cree que sea factible explicar el *droit de suite* en el marco de los principios tradicionales de la propiedad y el contrato.

89. Otro tanto ocurre, según Rubí Puig, A.: «Incentivos, costes de transacción y *rent-seeking* en la regulación del derecho de participación de artistas plásticos», *pe. i. revista de propiedad intelectual* nº 38 (mayo-agosto 2011), p. 102, con las obras de vídeo-arte, que la Directiva 2001/84 no menciona. Dice Rubí que los autores de vídeo-arte obtienen beneficios de las ventas de sus obras mediante DVD, y que por consiguiente debe entenderse que la referencia al vídeo-arte alude más bien a la instalación artística de la que forman parte esas piezas y no a la propia obra audiovisual.

90. *Vid.* Casas Vallés, R.: «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI: bases teóricas», en *Derechos del artista plástico* (Coord. A. Bercovitz), ed.

En segundo lugar, el derecho de participación sólo se aplica cuando en la reventa de la obra hayan tomado parte, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte, entendiendo por tales, conforme al artículo 3 de la Ley 3/2008, «*salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y, en general, cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado*». Esto significa que el autor no podrá participar del precio de reventa cuando ésta se efectúe entre simples particulares, ni tampoco cuando la reventa sea efectuada a museos no comerciales abiertos al público, por personas que actúen a título privado (Considerando [18] de la Directiva 2001/84, relativa al derecho de participación).

A lo anterior se añade que, incluso algunas reventas en las que sí toman parte profesionales del mercado del arte, resultan excluidas del ámbito de aplicación del derecho, pues el legislador español ha hecho uso del margen dejado a este respecto por la Directiva para tratar de favorecer –dice el Preámbulo de la Ley 3/2008– las reventas promocionales, es decir, aquellas que tienen lugar en los supuestos en que la obra ha sido adquirida directamente del autor, con el fin de facilitar la incorporación de la obra de nuevos artistas al mercado del arte. En efecto, de conformidad con el artículo 3.3 de la Ley 3/2008, «*se exceptúan los actos de reventa de la obra que haya sido comprada por una galería de arte directamente al autor, siempre que el período transcurrido entre esta primera adquisición y la reventa no supere tres años y el precio de reventa no exceda de 10.000 euros excluidos impuestos*».

Finalmente, debe considerarse el hecho de que la Ley disponga tanto un umbral mínimo del precio de reventa, por debajo del cual ni siquiera se generará el derecho del autor a participar en dicho precio, como el importe máximo que podrá alcanzar el montante del derecho generado a favor del autor. Por lo que respecta a lo primero, y de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 3/2008, «*el derecho de participación de los autores nacerá cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 1.200 euros, excluidos los impuestos, por obra vendida o conjunto concebido con carácter unitario*». Parece que

---

Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 99. Para Casas una construcción de este tipo permitiría unir todas las piezas, de tal forma que el derecho de participación serviría para remunerar por los actos de exhibición privada (con el autor participando de cada nuevo espectro de círculos privados que acceden al conocimiento de la obra a partir de cada acto de reventa), mientras que la actividad de exhibición pública, fundamentalmente llevada a cabo por museos y otras instituciones públicas [quienes no suelen revender y por tanto escapan al radio de acción del *droit de suite*], quedaría retribuida gracias a ese otro derecho remuneratorio. También Vicent López, C.: *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada,* ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1999, pp. 139-140, se refiere a la posibilidad de configurar un derecho de simple remuneración conectado con la exposición pública de la obra, un derecho que no sustituyera al derecho exclusivo de exposición sino que se conservara en manos del autor aunque éste hubiera decidido transmitir ese derecho exclusivo.

ello responde a la idea de que en ventas de poca importancia económica, la cuantía del derecho no llegaría a compensar los costes de aplicación del sistema[91].

En cuanto a la tasación legal del importe del derecho, no ya sólo por vía de establecer una escala decreciente de porcentajes sobre el precio de reventa, sino en último extremo fijando un tope máximo en términos absolutos –12.500 euros– que el montante de la participación del autor nunca podrá superar, implica que por muy elevada que pueda llegar a ser la plusvalía obtenida con la reventa, el autor no va a poder beneficiarse de ella de manera perfecta, quebrándose el principio general de remuneración proporcional del autor, que en sede de cesión de derechos de explotación –cierto que el derecho de participación no lo es– sienta el artículo 46.1 LPI.

25. DERECHO MORAL DE INTEGRIDAD *VERSUS* DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SOPORTE ORIGINAL DE LA OBRA

Cuando más arriba hemos examinado la contraposición entre las facultades morales del autor y la propiedad del dueño del original de una obra de arte, hemos dejado deliberadamente sin abordar el examen de la que tal vez sea la facultad moral por antonomasia y la que, por lo que la práctica nos enseña, suele ser la que de forma más incisiva modula el derecho de propiedad ordinaria del dueño del soporte. Se trata del derecho a «*exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación*» (artículo 14.4º LPI).

En efecto, esta facultad se erige en una suerte de muro de contención con el que se topa el propietario en trance de decidir determinada intervención sobre la obra, aunque muy habitualmente sólo aparezca como dique que de hecho resulta sobrepasado por ese tipo de intervenciones, quedándole al autor nada más que la posibilidad de reaccionar frente a una vulneración ya consumada de la integridad de su obra, y a menudo sin que sea posible una *restitutio in integrum* de este derecho sino solo un resarcimiento de los daños causados por la lesión del mismo.

El estudio del derecho moral de integridad en relación con las obras plásticas exige introducir importantes matices de partida, aunque en este momento resaltaremos los tres que nos parecen más importantes. En primer lugar, la citada facultad moral del autor no puede operar de la misma manera en aquellas obras en las que predomina la concepción sobre la ejecución, o si se prefiere, en que la obra presenta un grado notable de reproducibilidad. Esto es tanto como decir que el derecho de integridad se pone genuinamente en juego en aquellas obras de soporte único, en las que la irreversibilidad de la actuación del propietario es más patente.

---

91. *Vid.* Rubí Puig, A.: «Incentivos, costes de transacción y *rent-seeking* en la regulación del derecho de participación de artistas plásticos», *pe. i. revista de propiedad intelectual* nº 38 (mayo-agosto 2011), p. 109.

En estrecha relación con esa cuestión se encuentra la siguiente que queríamos destacar, y es que los atentados a la integridad de la obra –lo anticipamos *supra*– no se circunscriben únicamente a las agresiones que determinen una mutación física del propio cuerpo de la obra, sino que también una descontextualización o desnaturalización de la obra, en su sentido espiritual, pueden comportar una lesión de ese derecho. Así las cosas, podríamos establecer la siguiente regla: tratándose de obras plásticas con un alto grado de reproducibilidad (*v. gr.* un personaje de cómic, un logotipo), los daños a la integridad difícilmente provendrán de intervenciones que impliquen una alteración o menoscabo de la obra en su extensión puramente física, sino más bien de actos que sirven a denigrar la obra al ponerla fuera de contexto o explotarla en unas condiciones degradantes. Frente a ello, cuando se trate de obras de ejemplar único, lo más habitual será que los daños a la integridad se causen, aquí sí, por agresiones o ataques proyectados sobre la propia configuración física de la obra, derivando en una destrucción, una mutilación, una deformación o una alteración que sólo pueda ser revertida, en el mejor de los casos, realizando una acción de signo contrario sobre el mismo cuerpo de la obra a fin de tratar de contrarrestar los efectos de la agresión de que se trate.

En tercer lugar, debe retenerse que la lesión del derecho moral de integridad requiere que la deformación, modificación, alteración o atentado contra la obra, suponga un perjuicio a los legítimos intereses del autor o menoscabe su reputación. El legislador, por tanto, ha descontado que no todo ataque o agresión contra la obra, aunque pueda tener por efecto deformarla, modificarla o alterarla, va a comportar de modo necesario una vulneración del derecho moral del autor. Para ello tiene que darse que el atentado en cuestión genere un daño reputacional o un perjuicio a los intereses del autor.

A partir de aquí, estudiaremos esta problemática desde la óptica de las acciones de propietario que se pueden ver condicionadas por el ejercicio de este derecho moral, sirviéndonos de ejemplos concretos en los que quedarían reflejados los conflictos más típicos que pueden encontrarse en este campo. Las categorías que a continuación se desgranan son: el desmontaje de la obra, el cambio de emplazamiento, la ampliación o ensamblaje de la obra con elementos ajenos a ella, el cambio del contexto en el que se emplaza la obra, los daños derivados de un transporte negligente de la obra, el extravío del soporte material de la obra, la remoción de la obra de un soporte para aflorar una segunda obra también incorporada a ese soporte, y finalmente la pretendida restauración que culmina en una deformación de la obra.

26. EL DESMONTAJE DE LA OBRA

Uno de los casos más añejos de nuestra jurisprudencia sobre propiedad intelectual, quizás –aún hoy– la sentencia española más conocida sobre esta materia, tiene que ver precisamente con un conflicto de esta naturaleza. Se trata de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985 (RJ

1985, 6320), que resolvió el caso del célebre escultor Pablo Serrano y su escultura «Viaje a la luna en el fondo del mar», obra que, instalada en el *hall* de un hotel, fue después desmontada por los propietarios, lo que provocó la reacción del escultor por considerar que su obra había sido destruida con lesión de su derecho dominical sobre la misma (*vid*. fig. 14). Al parecer, el responsable del hotel decidió deshacerse de la pieza –de dos toneladas de peso y diez metros de altura– y sustituirla por un ornamento más convencional pocos días antes de la inauguración del establecimiento, al considerar que no daba la talla estética para el vestíbulo[92].



Fig. 14. "Viaje a la luna en el fondo del mar", de Pablo Serrano.
Fuente: La Opinión de Málaga
(*http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2012/03/10/escandalo-viaje-luna-torremolinos/491591.html*).

92. Éstos y otros interesantes detalles del caso pueden consultarse en «El escándalo del Viaje a la Luna de Torremolinos», de Lucas Martín, publicado en el diario *La Opinión de Málaga* (*laopinióndemalaga.es*) el 10 de marzo de 2012 (*vid. http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2012/03/10/escandalo-viaje-luna-torremolinos/491591.html).*

El caso había dado lugar ya a un primer pronunciamiento del Tribunal Supremo –Sentencia de 21 de junio de 1965 (RJ 1965, 3670)–, pero el interesado volvió a plantear su pretensión basándose en el cambio legislativo producido por la Constitución española de 1978 y la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

La Sentencia [me refiero ahora a la de 1985] debe probablemente su celebridad más a la singularidad del asunto y la personalidad del litigante que a su doctrina sobre la materia, ya que el Alto Tribunal desestimó el recurso interpuesto por el actor, al entender que el cauce procesal elegido no permitía reclamar la tutela del derecho a la creación y producción artística[93]. Es el Voto Particular de uno de los Magistrados de la Sala, que sí apreció la corrección del procedimiento y entró a valorar el fondo del asunto, el que más interés ofrece desde el punto de vista sustantivo.

En dicho Voto, el Magistrado disidente entendió que el recurrente había sufrido la vulneración del mencionado derecho fundamental y que, para ser restablecido en la integridad del mismo, además de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, debían ponerse a su disposición los materiales que se utilizaron en su día para confeccionar la obra, a fin de que el escultor pudiera decidir libremente sobre la posible reconstrucción de la misma. La posible solución a la controversia por tanto, desde el punto de vista del Voto Particular, pasaba por el retorno de la propiedad ordinaria sobre el soporte de la obra –*rectius* sobre los «restos» o materiales que, antes del desmontaje, habían conformado ese soporte– al autor, para que éste pudiese volver a dar forma a la escultura[94].

---

93. Con posterioridad, el Tribunal Constitucional desestimaría el recurso de amparo interpuesto por el demandante. En su Sentencia (STC 35/1987, de 18 de marzo [RTC 1987, 35]), el TC señala que la Constitución no permite una retroactividad de grado máximo, siendo así que los derechos fundamentales ejercitados habrían sido supuestamente vulnerados por un acto realizado en 1962, año en el que no estaban constitucionalmente garantizados. Añade el TC que aunque se aceptara la perdurabilidad del hecho dañoso (almacenamiento de las piezas desmontadas de la obra), éste ya habría estado presente en el momento de entrada en vigor de la Constitución, y por tanto la vulneración de derechos fundamentales se habría producido desde el 28 de diciembre de 1978, mientras que el plazo de veinte días previsto en el artículo 44.2 de la LOTC se habría iniciado el 15 de julio de 1980, en que se constituyó el TC, lo que determinaba la extemporaneidad de la pretensión de amparo.

94. Un completo comentario de la Sentencia y de su Voto Particular, se encuentra en Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: «Derecho de autor y destrucción de la obra plástica», *Anuario de Derecho Civil,* tomo XXXIX, fasc. I (1986), pp. 217-260. Sobre el aspecto que acabo de destacar, señala Bercovitz que en este tipo de supuestos, aunque se acojan las pretensiones del autor demandante «queda como problema pendiente la determinación del lugar en el que la escultura reconstruida debe instalarse y, en su caso, si no existe acuerdo sobre el mismo, la posibilidad de que el autor pueda recuperar la propiedad dominical de la escultura y los términos económicos en que dicha recuperación pueda producirse».

Resulta interesante comprobar que, de haber sido éste el sentir mayoritario de la Sala, el resultado habría sido la reunión en manos del autor nuevamente tanto del *corpus mysticum* como del *corpus mechanicum* (o al menos de los materiales que conformaron éste). El Voto Particular no contemplaba por tanto que el dueño de la escultura fuese condenado a volver a montar la obra en el lugar previsto, sino únicamente que el autor fuera repuesto en la plena disposición de los elementos que componían la obra. Esta solución habría representado en cualquier caso un subóptimo desde el punto de vista del autor, pues el único modo genuino de restituir su derecho moral habría sido volver a instalar la escultura en el exacto lugar para el que había sido concebida.

27. EL CAMBIO DE EMPLAZAMIENTO DE LA OBRA (*SITE-SPECIFIC WORKS*)

Como una variante del desmontaje-almacenamiento, aparecerían los supuestos de desmontaje con reubicación de la obra en un emplazamiento distinto del original para el que fue concebida. En el litigio resuelto por el TS (Sala 1ª), de 18 de enero de 2013 (RJ 2013, 925), se trataba de la pretensión esgrimida por el escultor, Sr. Nagel, frente al Ayuntamiento de Amorebieta a propósito de un posible cambio de ubicación de una escultura en bronce, de 2,5 toneladas, 8,5 metros de altura y 2,08 de anchura, como consecuencia de un plan de reforma urbanística del centro de la localidad. La escultura (conocida como «La Patata») había sido realizada por encargo del citado Ayuntamiento, para ser emplazada en una concreta glorieta de la localidad, con el compromiso del Ayuntamiento de contar con el Sr. Nagel para la decisión del lugar exacto en que sería ubicada (fig. 15):



Fig. 15. Obra conocida como "La patata", de Andrés Nagel.
Fuente: Wikipedia (*http://es.wikipedia.org/wiki/Andrés_Nagel*).

Aunque en primera y en segunda instancia se había aceptado que el Ayuntamiento comitente estaba obligado contractualmente a respetar el emplazamiento originario de la escultura, el escultor promovió recurso de casación en el entendimiento de que el mantenimiento de su ubicación era algo que podía exigir no sólo en virtud del contrato sino también de su derecho moral –*erga omnes*– a exigir el respeto a la integridad de su obra.

El Tribunal Supremo acepta que tratándose de obras plásticas concebidas y ejecutadas por su autor para la colocación del soporte material en un lugar específico («site-specific works»), el cambio de emplazamiento puede atentar a su integridad en la medida en la que altere o interfiera en el proceso de comunicación que toda obra de arte comporta, e incluso que en tales casos cabe presumir que el desplazamiento de la obra a otro lugar interfiere de forma sustancial en la interpretación de la obra, al extremo de que puede suponer una suerte de mutilación y llegar a justificar la oposición por parte del autor a que sea exhibida en otro entorno.

Sin embargo, también observa el Alto Tribunal que el derecho del autor de la obra plástica no tiene carácter absoluto e ilimitado, y no prevalece sobre el derecho del propietario del objeto en el que cristaliza la misma relegándolo a un derecho residual, de forma que, en caso de discordancia entre ambos, no cabe imponer al dueño de la obra sacrificios desproporcionados susceptibles de ser encuadrados en el abuso de derecho (apartado 37), máxime cuando la obra se crea para ser exhibida en un espacio público, donde queda más expuesta a las vicisitudes que puedan estar justificadas por un interés público (apartado 38).

En consonancia con ello, señala la Sentencia que «la modificación del entorno en la obra concebida para ser expuesta en un lugar concreto o en una posición exacta y predeterminada, no puede ser calificada necesariamente y en todos los casos como propia y verdadera modificación atentatoria a la integridad espiritual de la obra, cuando la alteración del contexto que sirve de clave para la interpretación de la parte observable no interfiere de forma significativa en el dialogo a tres bandas entre el autor, la obra y el público» (apartado 30).

Eso sí, dice el Tribunal que, al poder operar sólo sobre bases abstractas, pues se desconoce la nueva ubicación que el Ayuntamiento pueda tener prevista, ese nuevo emplazamiento podría no implicar interferencia en el diálogo entre el autor y el público. En consecuencia, la Sentencia por un lado declara el derecho moral del escultor a que no se modifique la ubicación de la controvertida escultura, pero al mismo tiempo desestima en parte el recurso, declarando que, al amparo del derecho moral del autor a la integridad de la obra, no ha lugar a prohibir la modificación de su emplazamiento de forma absoluta y en ninguna circunstancia[95].

28. LA AMPLIACIÓN O ENSAMBLAJE DE LA OBRA CON ELEMENTOS AJENOS A ELLA

Podríamos también mencionar los casos en que, sin desmontar ni reubicar el soporte de la obra, el propietario del mismo toma alguna decisión sobre su continuación, ensamblaje o compleción que podría comportar un riesgo para la integridad de la obra. Tendríamos aquí un acto de propietario material que determina una acción que incide sobre el bien inmaterial aunque no para desmontarlo, ni para trasladarlo, sino para ampliarlo o modularlo en su conformación inmaterial inicial, recurriendo a un segundo autor que une o yuxtapone su labor autoral a la del primer creador, pero sin colaborar con él ni respetar necesariamente su concepción originaria.

95. Por su estrecha relación con los temas que venimos tratando, merece destacarse el siguiente pasaje del apartado el apartado 32 de la Sentencia: «*Cuando sobre el soporte material en el que queda fijada la obra de arte pertenece a un tercero (sic), concurren el derecho de propiedad sobre el cuerpo físico o* corpus mechanicum *y el derecho del artista sobre el* corpus mysticum *o creación intelectual concretada en el soporte, de tal forma que el derecho del autor debe coordinarse con el del propietario del objeto en el que se exterioriza*».

El lector familiarizado con esta materia ya habrá advertido que la anterior descripción encaja a la perfección con el célebre caso «Zubi Zuri», que enfrentó en los tribunales al arquitecto-ingeniero Santiago Calatrava con el Ayuntamiento de Bilbao y dos promotoras, responsables de la construcción de una pasarela que conectaba la parte de su puente (el «Zubi Zuri» o «Puente Blanco») que va a dar a la margen izquierda de la ría del Nervión, con un complejo inmobiliario (el «Isozaki Atea» o «Puerta Isozaki»), desarrollado después del proyecto de Calatrava por el arquitecto japonés Arata Isozaki y situado en un desnivel superior al del punto en el que finalizaba el puente. El Ayuntamiento y las empresas promotoras consideraron más cómodo establecer una unión directa del puente con esa nueva área residencial, a fin de que los viandantes no tuvieran que verse obligados a descender las escalinatas del puente para después remontar todo el desnivel desde la ribera. La pasarela, que quedó fijada como una obra permanente y anexada al Zubi Zuri, hasta el punto de que hubo que sacrificar parte de la barandilla de éste para facilitar el empalme, fue erigida sobre la base de un proyecto de Arata Isozaki, a quien sin embargo Calatrava no demandó (*vid*. fig. 16).



Fig. 16. Imagen del puente Zubi Zuri, de Santiago Calatrava (al fondo), donde se aprecia el punto de ensamblaje con la pasarela Isozaki y personas transitando por esta última.
Foto: Luis Alberto García. Fuente: *El País* de 12 de marzo de 2009.
(*http://elpais.com/diario/2009/03/12/cultura/1236812407_850215.html*).

Calatrava alegaba la vulneración del derecho moral a la integridad de su obra y solicitó que se condenase a los demandados a la eliminación de la pasarela y la reposición de la barandilla del Zubi Zuri, junto con una indemnización de

daños y perjuicios, más elevada para el caso de que no se accediera a su pretensión de demoler la pasarela Isozaki. Mientras que en primera instancia, a pesar de apreciar la alteración sufrida por el puente, el Juez entendió –haciendo prevalecer el interés público– que ello no comportaba una vulneración del derecho moral del demandante y desestimó por tanto sus pretensiones, la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), por Sentencia de 10 de marzo de 2009 (AC 2009, 225), sí estimó la existencia de una vulneración del derecho moral de Calatrava, condenando a los demandados a abonarle en concepto de indemnización una suma de dinero –mucho más magra de la solicitada–, pero descartando conceder la pretensión relativa a la demolición de la pasarela y la reposición del puente a su estado originario[96].

29. EL DESPLAZAMIENTO DE LA OBRA MOTIVADO POR EL CAMBIO DEL ENTORNO QUE LA RODEA

La realidad, sin duda tan rica como los juristas esperamos que lo sea, nos brinda ejemplos que ni siquiera en los *laboratorios* de los despachos universitarios los profesores de la disciplina podrían fácilmente imaginar. Qué otra cosa decir del asunto resuelto por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) en la Sentencia de 11 de marzo de 2011 (AC 2011, 1159), en el asunto relativo al «Monumento al Pescador», del escultor y ceramista Arcadi Blasco.

Se trataba de un Monumento con dos partes interrelacionadas, situadas a una distancia de unos cien metros, una en tierra (el Timón) y otra en el mar (la Proa). Para la instalación de esta última había tenido que obtenerse por parte del Ayuntamiento de El Campello la oportuna concesión de ocupación de espacio perteneciente al dominio público marítimo-terrestre. Obras posteriores de recuperación del litoral dieron lugar a la regeneración de la playa y, con ella, al efecto de que la parte del monumento denominada «Proa» quedase rodeada de arena en lugar de agua (*vid*. fig. 17), como sucedía en su concepción originaria (*vid*. *supra* fig. 10). Como consecuencia de ello, la accesibilidad al monumento por parte de los bañistas redundó en un creciente deterioro del tramo más bajo de esa parte del monumento, con pintadas, retirada y sustracción de piezas cerámicas originales, o impacto de perdigones procedentes de escopetas de aire comprimido y adhesión de materiales (tales como goma de mascar o cemento) en la superficie de otras.

96. Considero imprescindibles los comentarios de Casas Vallés, R., a las dos Sentencias recaídas en el caso –la del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 23 de noviembre de 2007, y la de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 10 de marzo de 2009– (el primero titulado «Obra arquitectónica y derecho de autor: el caso Calatrava» y el segundo «El caso Calatrava o Zubi Zuri, ¿una victoria pírrica en apelación?»), ambos publicados en *pe. i. revista de propiedad intelectual,* en los números 27 (septiembre-diciembre 2007) y 32 (mayo-agosto 2009) respectivamente.



Fig. 17. "Proa" de Monumento al Pescador, de Arcadi Blasco,
tras la regeneraciónde la playa de El Campello.
Fuente: Panoramio / Google Maps (*http://www.panoramio.com/photo/79363*)–

La Audiencia considera que el Ayuntamiento de El Campello había infringido el derecho moral a la integridad de la obra del actor, por no haber cumplido su obligación de conservación ni haber adoptado medidas encaminadas a la salvaguarda de la concepción y singularidad artísticas de la «Proa», y le condena a abonar al escultor una indemnización por los daños morales, así como a reparar todas las partes dañadas del monumento. Descarta sin embargo, «por absolutamente desproporcionado y oneroso», que para salvaguardar el derecho moral a la integridad de la obra del Sr. Blasco hubiera que vaciar el relleno de arena de la celda donde se halla alojada la «Proa», pues el perjuicio para el interés general superaría con creces al beneficio que experimentaría el actor con la restauración de su derecho.

Como se ve, no estamos ante un supuesto de cambio de emplazamiento: el monumento no fue objeto de traslación física alguna. Lo que había variado era el entorno que tenía a su alrededor y que, de algún modo, conformaba un contexto creativo que habría quedado integrado en la concepción de la obra. Es esa descontextualización la que, según el escultor demandante, había impactado en la integridad de su obra. No es éste sin embargo el planteamiento aceptado por la Audiencia, que acaba condenando al Ayuntamiento por negligente conservación del monumento.

Quizás la mayor curiosidad de este caso radica en que una de las pretensiones que el actor planteaba como posible forma alternativa de conciliar sus intereses autorales y el interés público en mantener la regeneración de la playa –fórmula que el

tribunal sopesa para descartarla–, consistía en el cambio de emplazamiento de la «Proa» para volver a situarla mar adentro, logrando así el efecto que se pretendía con arreglo a la configuración original del monumento. Es decir, aquí la modificación de la ubicación no era el origen del conflicto entre el autor y el propietario del soporte de la obra, sino la solución que el propio autor proponía como medio de resolver el conflicto suscitado por la variación del entorno propiciada por el propietario.

30. EL TRANSPORTE NEGLIGENTE DE UNOS CUADROS: ¿MENOSCABO DE LA OBRA O DE SU SOPORTE?

Otro grupo de casos vendría conformado por aquellos supuestos en los que la incorrecta manipulación del soporte, por culpa o negligencia, determina un daño en la integridad de la obra. Aquí no hay deliberación ni en el desmontaje, traslado, extensión o descontextualización de la obra (acción de propietario que repercute directa o indirectamente sobre el *corpus mysticum),* ni en la demolición o derribo de su soporte material (acción de propietario que incide sobre el *corpus mechanicum* y, de forma no premeditada, sobre el *corpus mysticum),* sino un hecho no intencional respecto del soporte (y por añadidura respecto de la obra) que determina un daño para ambos, *corpus mechanicum* y *mysticum*.

Un supuesto de esta naturaleza, en el que el autor reunía al mismo tiempo la condición de propietario material, fue objeto de examen por el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en su Sentencia de 3 de junio de 1991 (RJ 1991, 4407), relativo a los daños sufridos por diversas pinturas durante su cesión para una exposición organizada por el Patronato Municipal de Cultura, Juventud y Deportes de Móstoles. Cuando le fueron reintegrados los lienzos, el autor observó, al descargarse las obras, que éstas ofrecían en las telas y marcos, a simple vista, notorios desperfectos, y así lo hizo saber al transportista, quien lo hizo constar por escrito en el albarán de recepción.

Lo interesante del caso es que, mientras que la Audiencia Territorial de Madrid, en su Sentencia de 12 de enero de 1988, había estimado la pretensión únicamente en lo relativo a los daños materiales que afectaron a los cuadros expuestos, desatendiendo en cambio la reclamación de los daños inmateriales que sufrió el autor en su derecho moral respecto a la intangibilidad de su obra, así como la relativa a los perjuicios profesionales y artísticos derivados de la inmovilización que afectó a las pinturas, el Alto Tribunal entiende que a partir de un mismo hecho lesivo pueden producirse simultáneamente tanto daños materiales, que afectarían a los cuadros prestados al Patronato demandado para su muestra pública, como daños de índole moral, en razón al sufrimiento y lesión a la sensibilidad artística del autor, al ver mermada la integridad de sus pinturas, por consecuencia de los desperfectos y minoraciones que las afectaron.

Merece destacarse que el Tribunal Supremo no vea obstáculo, para apreciar vulneración del derecho moral a la integridad, en el dato de la falta de intencio-

nalidad de la actuación del agente causante de los desperfectos en los cuadros[97]. Asimismo, debe subrayarse que en este caso el creador que esgrimía sus intereses autorales era al mismo tiempo el dueño material del soporte que hacía valer, en paralelo, sus intereses dominicales.

31. SE ME HA PERDIDO SU OBRA, HÁGAME UN DUPLICADO. ¿UNA SOLA OBRA CON DOS *CORPUS MECHANICUM*?

En ocasiones la negligencia en la conservación, y más específicamente un incorrecto cumplimiento del deber de custodia, da como resultado la pérdida o extravío del soporte de la obra, sin que este hecho llevara acarreada de forma contrastada la merma o destrucción de dicho soporte. En contra de lo que pudiera creerse, la realidad –de nuevo dispuesta a sorprendernos– nos ofrece ejemplos de que este tipo de situaciones no sólo se produce con piezas de pequeño formato o susceptibles de un fácil traslado[98], sino que también puede afectar a grandes instalaciones o complejos escultóricos nada livianos.

Fijémonos, si no, en lo sucedido con la obra «Equal-Parallel / Guernica-Bengasi», del escultor Richard Serra y 38 toneladas de peso, propiedad del Museo Reina Sofía desde 1987, y que *se extravió* a raíz de que fuera objeto de exposición en dicho Museo en 1990. Puesto que el centro carecía de un almacenamiento adecuado para la obra, tras la exposición se desmontó y –supuestamente– se al-

97. Ello hizo a esta Sentencia destinataria de algunas críticas procedentes de la doctrina especializada. *Vid.* el comentario a la misma a cargo de Bercovitz Álvarez, G., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 27 (octubre-diciembre 1991), pp. 747-757. Para G. Bercovitz, cuya tesis podría resumirse en la afirmación de que «el derecho moral de autor a la integridad de la obra no puede entenderse como un seguro a favor del autor por accidente de su obra, aunque concurra negligencia por parte de su propietario», igual que no es razonable hacer pesar una obligación de custodia sobre el propietario de las obras por daños meramente negligentes, tampoco hay motivos para exigir mayor diligencia al sujeto no propietario a quien éste le haya cedido unos cuadros para su exposición (p. 755).

98. Informaciones sobre obras que se pierden las encontramos a menudo en los medios de comunicación, pero normalmente suele tratarse de cuadros o lienzos de pequeñas dimensiones. Así, en *elEconomista.es* de 12 de septiembre de 2013 se habla de la recuperación de una prueba sobre papel que Miró realizó para una futura obra gráfica, de 89 por 63 centímetros, la cual había permanecido en paradero desconocido durante meses y había aparecido en una caja que el dueño de una empresa de transporte de Palma de Mallorca tenía en su oficina. En *El País* de 1 de septiembre de 2010 se refiere el caso del extravío de «Retrato de una niña», de Camille Corot, a manos de un marchante que había sido encomendado por los dueños para cerrar la venta del cuadro y que terminó perdiéndolo tras una noche de alcohol. Por su parte, Reuters informaba el 27 de agosto de 2008 (*http://lta.reuters.com/article/idLTAN2749716120080827*) de que la Universidad de Wellesley había extraviado la obra «Woman and child» del pintor cubista francés Fernand Leger y 63,5 por 53.3 centímetros, probablemente valorada en decenas de millones de dólares.

bergó en los locales de una empresa especializada en almacenaje de obras de arte. Cuando catorce años después, la nueva dirección impulsó un plan para localizar todos los fondos y depósitos propiedad del Museo, se encontró con la sorpresa de que la empresa depositaria, que en 1998 había suspendido pagos y cuya nave –no su contenido– había sido embargada por la Tesorería de la Seguridad Social, no daba respuesta a la petición de devolución y, como en seguida se descubrió, no disponía de la obra. Literalmente, se ignoraba qué había sucedido con la pieza[99].

Afortunadamente para el Museo, ante la extraña desaparición de su escultura, Richard Serra llegó a un acuerdo para la reposición de las piezas de acero que la conformaban. En virtud de ese acuerdo el museo encargó la fabricación de las piezas a la fundición alemana que habitualmente realiza las obras de Serra, haciéndose cargo de su coste, si bien el escultor no percibió nuevos honorarios *por tratarse de una reposición y no de la adquisición de una nueva escultura*. Desde finales de 2008 esta reposición de la obra se encuentra instalada definitivamente en el Museo Reina Sofía y forma parte de su colección permanente (*vid*. fig. 18). Al parecer, en el acuerdo entre el Museo y el escultor se concretaba que en caso de aparición de la escultura perdida, ambas partes decidirían cuál de ellas debía destruirse, con el objetivo de que sólo existiera un ejemplar de la obra; si bien la entonces directora del Museo opinaba que la escultura nunca se hallaría y que, de aparecer, seguramente se encontraría muy deteriorada[100].

---

99. Pueden verse las informaciones relativas a este suceso aparecidas en el diario *ABC* de 18 de enero de 2006 [*http://www.abc.es/hemeroteca/historico-18-01-2006/abc/Cultura/el-museo-reina-sofia-pierde-una-escultura-de-richard-serra-de-38-toneladas-de-peso_1313779630000.html*], así como en *El País* de 18 de enero de 2006 [*http://elpais.com/diario/2006/01/18/cultura/1137538805_850215.html*] y de 26 de julio de 2006 [*http://elpais.com/diario/2006/07/26/cultura/1153864801_850215.html*]. En este último artículo se informa de que la Brigada de Delitos contra el Patrimonio Histórico llegó a excavar en el jardín de los Archivos Generales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en Arganda (Madrid), pues dicho complejo oficial pasó a ocupar desde 2003 el solar en el que hasta entonces habían estado los almacenes de la empresa donde la escultura estaba en depósito. Los agentes tenían la sospecha de que la obra estaba sepultada en ese paraje, aunque tras horadar la zona donde los aparatos detectores habían indicado la existencia de metal, sólo se pudo descubrir el forjado de una vieja torre de alta tensión. Avalaba esta línea de investigación el hecho de que difícilmente la escultura había podido ser sustraída para venderla al peso de cara a su refundición o desguace, pues trocear cuatro bloques de acero de 24 centímetros de espesor sólo es factible con un soplete de oxiacetileno, lo que sería una operación de alto coste que con toda seguridad no se vería compensado por el beneficio a obtener, teniendo en cuenta el precio del kilo de acero en el mercado (50 céntimos de euro). Por otro lado, mover el colosal grupo escultórico conllevaría el empleo de varias grúas, según confirmaron los antiguos empleados de la empresa depositaria. Hechas las pesquisas correspondientes entre las empresas transportistas especializadas en el traslado de este tipo de piezas, ninguna había sido contratada para realizar ese trabajo. Como decía el articulista: el misterio continuaba.

100. Estos pormenores del caso son relatados nuevamente en sendos artículos aparecidos en *El País*, de 26 de julio de 2006 [*http://elpais.com/diario/2006/07/26/cultura/1153864803_850215.*



Fig. 18. «Equal-Parallel/Guernica-Bengasi», de Richard Serra.
Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.
(*http://www.museoreinasofia.es/coleccion/obra/equal-parallel-guernica-bengasi-igual-paralelo-guernica-bengasi*).

html] y 16 de diciembre de 2008 [*http://cultura.elpais.com/cultura/2008/12/16/actualidad/1229382006_850215.html*]. En la edición del 26 de julio de 2006 aparece en ese mismo diario una columna de Juan José Millás, titulada «Duro destino» [*http://elpais.com/diario/2006/07/26/cultura/1153864802_850215.html*], en la que el articulista ironiza sobre algunas frases del comunicado del Museo en el que se informaba del acuerdo alcanzado con Serra. Así, respecto de la afirmación de que se iba a llevar a cabo «la reposición de las piezas de acero que conforman la escultura Equal-Parallel / Guernica-Bengasi, que se encuentra en paradero desconocido», cree Millás que habría debido decir: «Nos han robado una escultura de 38.000 kilos cuya búsqueda está resultando más complicada que la de una aguja en un pajar, por lo que hemos decidido realizar una copia exacta, una réplica idéntica, un facsímil análogo». Y a propósito de la afirmación de que «la escultura resultante tendrá a todos los efectos la consideración de original», observa: «lo mejor es que ahora vamos a tener dos esculturas, una falsa, pero legal, y otra auténtica, pero ilegal. La escultura falsa, pese a su legitimidad, vivirá el resto de sus días amenazada por la existencia invisible de su hermana gemela. Duro destino saber que eres original porque lo dice un papel, un acuerdo, un decreto y no porque lo seas de verdad. La escultura robada no tiene papeles, es cierto, pero todo el mundo sabe –quizá ella misma también– que es la verdadera».

Más allá de los sarcasmos que esta rocambolesca historia puede provocar, sin duda legítimos ante el carácter algo humorístico de la peripecia, lo cierto es que suscita también un cúmulo de sugerentes especulaciones para el jurista que trabaja en el campo del Derecho civil patrimonial, pues permite divagar sobre hipótesis de trabajo tan pintorescas como qué sucedería ante el casual hallazgo de la escultura original –hasta qué punto podría considerarse que seguiría siendo el *corpus mechanicum* de una obra de Richard Serra, o tan sólo una serie de planchas de acero abandonadas–, o si puede una obra de ejemplar único subsistir más allá de la desaparición de su soporte. ¿Habría llevado a cabo Richard Serra realmente la recreación de su obra anterior, o en realidad se trataba de la creación *ex novo* de la obra? ¿Debería considerarse la segunda versión de Equal-Parallel / Guernica-Bengasi una obra de encargo, tal y como lo fue la primera? ¿Pueden existir simultáneamente dos *originales* de una misma obra plástica, o el sistema de Derecho de autor necesita que uno de ellos deba necesariamente considerarse un ejemplar o una reproducción del otro?

Curiosamente, esa misma idea de que la desaparición de una obra no tiene por qué hacerse equivaler a la destrucción de la misma, en la medida en que la obra podría ser objeto de re-creación por su autor, la encontramos en los razonamientos de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1998 (RJ 1998, 2205). En el caso, se trataba de la desaparición de una maqueta presentada a un concurso de ideas, convocado por el Ayuntamiento de Zaragoza, para la realización de un monumento conmemorativo de la Constitución Española. Cuando el interesado se presentó a recoger la maqueta una vez terminado el concurso con la adjudicación del premio al ganador, se comprobó que aquélla se había extraviado sin poderse dar razón de su paradero.

La Sentencia no duda de la responsabilidad del Ayuntamiento convocante por la desaparición de la maqueta. Sin embargo, en trance de determinar y cuantificar el daño producido, y más en concreto de decidir si éste viene constituido exclusivamente por el valor material de la maqueta extraviada o debe extenderse a la reparación del quebranto moral producido por la destrucción de una obra plástica de creación artística, el Tribunal aprecia que «la maqueta presentada en el concurso no fue sino una representación en formato a escala (ejecutada, al parecer, con madera y escayola) de la obra escultórica ideada, a la que se unía una memoria, (...)», por lo que «su desaparición no supone la destrucción de la idea originaria ni de la obra definitiva, lo que impide apreciar la existencia del perjuicio moral que asegura el apelante habérsele causado». De esta forma, el Tribunal concluye que «el daño producido por el extravío de la maqueta quedará reparado con el pago actualizado de los materiales y del trabajo empleados para su realización».

Sin duda, esta solución contrasta con la ya comentada, dada por el TS al caso de los cuadros que habían sufrido menoscabos durante su traslado. En esa oca-

sión la Sala 1ª del Alto Tribunal no dudó en que una agresión sufrida por el *corpus mechanicum* de la obra, a pesar de no ser intencional, puede provocar una lesión de índole moral, en razón al sufrimiento del autor por ver mermada la integridad de sus pinturas. En principio, la íntegra desaparición del soporte de la obra debería provocar un sufrimiento aún mayor, dicho sea ahora con independencia de la valoración que merezca la doctrina de la Sala 1ª en su Sentencia de 3 de junio de 1991, y haciendo abstracción del matiz que pudiera venir dado por el hecho de que una maqueta sea una obra en proyecto y no definitiva.

32. UNA CASA DEMASIADO PEQUEÑA PARA DOS HUÉSPEDES. CUANDO EL MISMO OBJETO MATERIAL SIRVE DE SOPORTE A DOS *CORPUS MYSTICUM*

Mientras que en el epígrafe anterior suscitaba el interrogante de si una misma obra plástica puede tener dos soportes originales, invito ahora al lector a meditar sobre la hipótesis contraria: dos obras plásticas conviviendo en un mismo soporte material. No es un escenario irreal, ni siquiera inusual. Piénsese en el artista que decide pintar encima de una obra anterior, de modo que la segunda obra, ejecutada sobre el mismo soporte, termina velando por completo la inicial. Aunque aparentemente el objeto material sólo sirve de sustento a la obra visible, en realidad estaría sosteniendo también la obra invisible, que con el empleo de la técnica adecuada podría acaso ser desvelada y emerger desde su oculta condición.

Siendo, como digo, más habitual de lo que parece –por un cambio de concepción que lleva a renegar de la primera obra, por una escasez puntual de materiales que obliga a reutilizar un soporte no virgen–, lo que quizás no sea tan frecuente es que, en efecto, la obra superpuesta sea removida a fin de sacar a la luz la obra que permanecía velada. Cabe citar el caso sucedido hace unos años que afectó a dos pinturas de Torres-García, las cuales fueron levantadas por el coleccionista que las poseía a fin de descubrir las otras dos pinturas que subyacían bajo ellas, también de Torres-García. Se trataba de las obras «Gran Copa Constructiva», bajo la que se ocultaba «Constructivo animista» (*vid.* fig. 19) y «Composición con hombre y reloj», bajo el que se escondía un paisaje constructivista de finales de los años veinte de título desconocido.

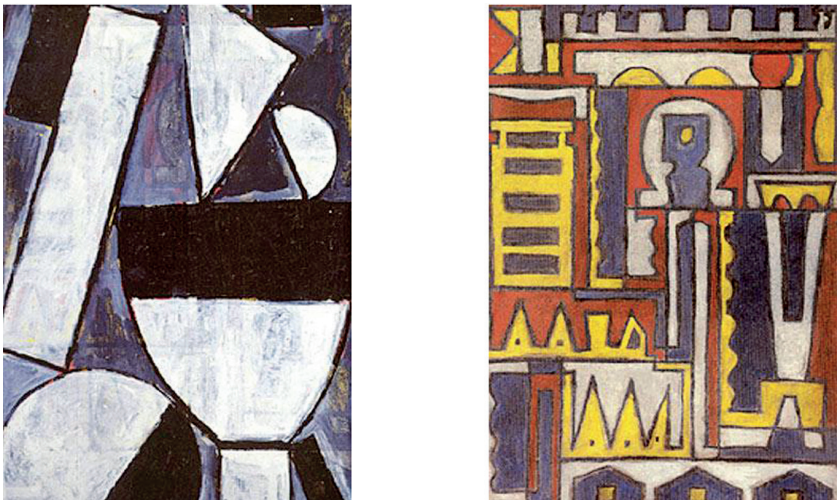


Fig. 19. «Gran copa constructiva" (Catálogo de la Fundación ICO) y "Constructivo animista" (Catálogo del Museo Picasso de Barcelona), ambas de Joaquín Torres-García.
Fuente: *El País* de 1 de noviembre de 2004
(*http://elpais.com/diario/2004/11/01/cultura/1099263601_850215.html*).

Estamos ante una acción de propietario que tiene la doble y simultánea virtualidad de destruir una obra inmaterial para dar a luz otra, como esas situaciones propias del estado de necesidad en que un organismo ha de ser sacrificado a fin de que otro pueda vivir. Desde el punto de vista del autor, cabe tentativamente presuponer que su interés es que prevalezca la obra que fue plasmada en segundo lugar, mientras que para el propietario puede haber razones poderosas para hacer emerger la obra que antes accedió al soporte, empezando por el posible mal estado de conservación de la postrera.

Como sabemos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56.1 LPI, el propietario del original de una creación plástica tiene la potestad de divulgar la obra si ésta no estuviera todavía divulgada, pues se parte del entendimiento de que el autor ha ejercitado válidamente su derecho a decidir la divulgación al celebrar el contrato transmisivo y aceptar enajenar un original aún inédito. En una primera aproximación[101], cabe pensar que la divulgación que el propietario del soporte podría realizar es únicamente la de la obra a la que la transmisión formal o aparentemente se refería, que será la que esté visible, y no la de la eventual obra que

101. Un nivel argumental más extremo podría llevar a considerar que no es ya que la pintura subyacente sea una obra inédita [que el autor desea mantener como tal], sino una obra inexistente como bien inmaterial, por más que exista todavía desde un punto de vista puramente corporal el elemento material que la había sustentado. Claro que, si la obra como tal no existe, el pintor tampoco puede pretender ejercer sobre ella ningún derecho, como por ejemplo el de no divulgación. A lo sumo podría exigir que no se le atribuyese la autoría de esa no-obra que desde su punto de vista no existe.

permaneciese oculta bajo aquélla, como sucedía en el caso de las referidas pinturas de Torres-García[102].

Sin embargo, cuando un mismo soporte material incorpora más de una obra, cabe interpretar que la norma del artículo 56.2 LPI impone al autor la carga de reservarse expresamente en el acto de enajenación la facultad de exposición pública de la obra oculta, y de manera concomitante la facultad de divulgación de la misma, si acaso se tratase de una pieza inédita. Si el autor, sabiendo de la existencia de esa pintura oculta, no hace esa expresa reserva, teniendo en cuenta el fuerte automatismo con que opera el señalado precepto legal, cabe entender que está aceptando que el propietario del original está adquiriéndolo todo, esto es, el derecho de exponer públicamente tanto la obra visible como la oculta, incluido el acto de divulgación de la una y de la otra, si fuera preciso[103].

Imaginemos que la divulgación y exposición pública de la obra oculta fuera posible (*v. gr.* mediante una técnica de rayos X o un procedimiento similar) sin dañar ni alterar en lo más mínimo la obra visible. Creo que en esta hipótesis no habría obstáculo en admitir que el propietario del original también ha adquirido el derecho de exposición pública sobre aquélla, incluida la divulgación si fuese necesaria, en la medida en que el autor no se hubiera reservado expresamente esa facultad al celebrar el contrato.

Asimismo, si la pintura oculta saliese a la luz espontáneamente y fuera el simple paso del tiempo el que provocase el levantamiento de la pintura superior dejando a la vista únicamente la inferior, no habiendo por consiguiente ningún acto imputable al dueño del soporte, tampoco habría inconveniente en admitir que éste, si el contrato no ha especificado lo contrario, puede seguir exponiendo

102. Así lo cree Cámara Águila, P.: «El soporte material de una obra plástica: el devenir de cuatro obras del pintor uruguayo Joaquín Torres García», *pe. i. revista de propiedad intelectual,* nº 18 (septiembre-diciembre 2004), p. 78. En su opinión, «resulta claro que el objeto sobre el que recae el derecho de propiedad ordinaria es el soporte material, *incorpore cuantas obras incorpore,* pero la presunción del artículo 56.2 LPI, en relación con los derechos de autor, esto es, en relación con las consecuencias que para los derechos de autor supone la transmisión de la propiedad ordinaria del soporte material que incorpora una obra plástica, sólo se encuentra referida a la obra sobre la que recae expresamente el consentimiento en el contrato de compraventa» [énfasis de la autora].

103. Este entendimiento se acentuaría en aquellos casos en los que, como sucede con Torres-García, es fácil que por los materiales empleados la obra superficial se transparente. Josep Casamartina, en su artículo «Dos obras de Torres-García, destruidas por un coleccionista», publicado en *El País* de 1 de noviembre de 2004, p. 44, tras señalar que los dos cuadros transparentaban dejando ver partes de las piezas subyacentes, añade: «Es algo bastante común en Torres-García, que utilizaba técnicas mixtas, como la mezcla de óleo con aguada, y soportes humildes, en este caso cartón».

públicamente el soporte, ahora convertido en vehículo de otra obra, y divulgar ésta si fuera preciso hacerlo porque aún permaneciera inédita[104].

Por tanto, me inclino a pensar que el derecho moral de divulgación *per se* no sería aquí un obstáculo para la exposición pública de las pinturas ocultas, haciendo abstracción por un instante del procedimiento por el cual éstas hayan aflorado[105]. Es decir, el inconveniente, de existir, lo encontraría el acto de remoción o levantamiento de las pinturas superficiales, pero este acto ya no guardaría relación con el derecho de divulgación relativo a las pinturas ocultas sino, en su caso, con el derecho moral de integridad relativo a las pinturas visibles.

Así pues, considerando la acción del propietario de remover deliberadamente la obra más reciente para hacer aflorar la primigenia, acción plenamente independiente del posible hecho posterior consistente en divulgar ésta o exponerla públicamente[106], hemos de subrayar que en nuestro sistema no toda mutilación, alteración o atentado de la obra, aun efectuados de forma voluntaria, tiene la virtud de provocar una lesión del derecho moral a la integridad. Para que tal lesión se produzca hace falta que se derive un perjuicio para los intereses del autor o un menoscabo de su reputación (artículo 14.4º LPI).

---

104. Estamos presuponiendo que la obra oculta será siempre una obra inédita, pero no tiene por qué ser así. Podríamos estar ante un supuesto de arrepentimiento del autor, aunque no plenamente eficaz en cuanto al logro de retirar la obra del comercio, pues siempre existe un riesgo cuando el autor arrepentido pone en el mercado un cuadro que incorpora, aunque sea oculta bajo otra pintura, la obra de cuya divulgación se retractó. Como se recordará, el autor tiene derecho a retirar la obra del comercio por cambio de convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación (artículo 14.6º LPI).
105. En contra, Cámara Águila, P.: «El soporte material de una obra plástica: el devenir de cuatro obras del pintor uruguayo Joaquín Torres García», *pe. i. revista de propiedad intelectual,* nº 18 (septiembre-diciembre 2004), p. 78, para quien «el autor al pintar una obra sobre otra está no sólo manteniendo inédita la que permanece oculta, sino también explicitando su deseo de que no sea divulgada en el futuro. Ni cabe entonces presumir que el autor ha consentido su divulgación, ni que ha cedido el derecho de exposición pública de esa obra. Y así, en mi opinión, el propietario del soporte material no puede divulgar la obra sin el consentimiento de las personas legitimadas para ello, y no ostenta el derecho de exposición, requiriendo que le sea cedido por parte de los titulares de los derechos de explotación». Este aserto se perfila como una conclusión independiente de que el dueño del soporte haya aflorado deliberadamente la obra oculta, o de que en su caso hubiera sido necesario sacrificar la integridad de la visible.
106. Debemos considerar la acción de remoción llevada a cabo por el propietario de manera aislada, pues sólo así alcanzaremos un juicio certero sobre el problema. Lo que debe resolverse es si el dueño de un soporte con dos obras, una visible y otra oculta, que remueve aquélla para aflorar ésta, daña por ese hecho el derecho moral de integridad, y debemos decidirlo con independencia de que el propietario lleve o no a cabo la ulterior divulgación de la obra que estaba oculta.

Una correcta ponderación de los intereses en juego obliga a considerar que el sacrificio de una obra no puede recibir la misma calificación cuando se hace en aras de satisfacer un interés puramente material, como sería el caso del borrado o derribo de una obra plasmada o incorporada en un edificio, que cuando prima una finalidad de índole igualmente intelectual, como es sacar a la luz otra obra, máxime si ésta es del mismo artista. Parece difícil afirmar que para el autor resulta intrínsecamente denigrante que una obra suya se destruya cuando esa destrucción sirve en paralelo para recuperar otra obra también de su autoría.

Tiendo a pensar que el juicio sobre el daño potencialmente infligido al autor no puede efectuarse en términos absolutos sino relativos, es decir, el perjuicio para sus intereses o el menoscabo reputacional podrían acaso producirse si la obra oculta fuera de un menor valor evidente por comparación con la obra removida. De hecho, su crédito autoral podría incluso mejorar con la desaparición de la segunda obra si acaso la primigenia fuera de mayor calidad o valor estético[107]. Y aunque sea cierto que el autor sufrirá la merma de una obra de su catálogo, ella se verá compensada por el ingreso en éste de un nuevo ítem, lo que permite apreciar un equilibrio en cómputo global, dicho sea a los efectos de ponderar la afectación de sus intereses autorales o reputacionales.

Otro elemento a ponderar es el relativo a la conservación de la obra. Partiendo de la premisa de que el propietario del soporte no tiene un deber de conservación para evitar que la obra se destruya, si la obra superficial está perdiendo impregnación y la subyacente comienza a aflorar entre las transparencias, parece que acelerar el proceso de descomposición de la obra que a fin de cuentas se está perdiendo, en pos de mantener la integridad de al menos una de las dos piezas, es un interés digno de protección; y me cuesta establecer que en estas circunstancias la acción del propietario levantando la pintura deteriorada, dañe la reputación o los intereses del autor[108]. Negar que aquí hay un interés legítimo del dueño que serviría a desplazar la posibilidad de vulneración del derecho moral a la integri-

---

107. En el caso que venimos comentando, el citado artículo de Josep Casamartina para *El País* se hace eco de la opinión de Fernando Castillo, especialista en Torres-García, según la cual «Constructivo animista» es una obra muy buena, de un periodo de transición del artista, aunque sin desmerecer a «Gran copa constructiva», que era también excelente. En cuanto a «Composición con hombre y reloj», Castillo cree sin ambages que es mejor la obra recuperada.

108. Cámara Aguila, P.: «El soporte material de una obra plástica: el devenir de cuatro obras del pintor uruguayo Joaquín Torres García», *pe. i. revista de propiedad intelectual,* nº 18 (septiembre-diciembre 2004), p. 76, cree que «si se prueba la necesidad de la actuación realizada para salvaguardar el interés del propietario del soporte material en conservar el objeto sobre el que recae su derecho de propiedad, la actuación del propietario estaría justificada», aunque al mismo tiempo considera que «si, en cambio, el propietario compró los cuadros con la intención de llevar a cabo esa actuación, movido por intereses comerciales, entonces el interés del propietario en obtener un mayor beneficio económico no prevalece sobre los legítimos intereses del autor en no ver afectada la integridad de su

dad, implica afirmar que éste obliga a *mantener con vida* a ultranza la obra postrera, aunque esté en francas condiciones de deterioro, renunciando a obtener un pleno disfrute estético ni de ella ni de la obra subyacente. Es obvio que en el caso de cualquier otra obra, su deterioro no pone al propietario en el dilema de sacrificarla en aras de preservar otra creación intelectual, pero si el soporte es habitación de dos obras y una de ellas enferma, ¿no está legitimado el dueño de la casa para expulsarla y tratar así de salvar al huésped sano?

33. EL EXTRAÑO CASO DEL ECCE HOMO DE BORJA Y MR. HYDE. ¿RESTAURACIÓN, DEFORMACIÓN O TRANSFORMACIÓN?

Un supuesto que guarda cierta similitud con el conflicto analizado en el epígrafe anterior, aunque se resiste a cualquier intento de clasificación, es el de la *restauración* del Ecce Homo del pintor Elías García Martínez, obra realizada sobre los muros de la Ermita del Santuario de Misericordia de Borja (Zaragoza), propiedad de la Fundación Benéfica Hospital Sancti-Spiritus y Santuario de Nuestra Señora de Misericordia. Como hemos tenido ocasión de señalar *supra,* la intervención fue llevada a cabo por D.ª Cecilia Giménez Zueco, *a priori* con la pretensión de buena fe de restaurar el mural, aunque no creo que sea exagerado calificar de desastroso el resultado desde el punto de vista de la integridad de la obra, ya que el Ecce Homo original ha quedado prácticamente borrado o desfigurado por la mano de la Sra. Giménez Zueco, apareciendo en su lugar la efigie de un personaje siniestro cuya asociación con la figura previa a la mutación nadie no avisado podría establecer (*vid. supra* fig. 2). La intervención pues, más que recuperar la pintura original, habría añadido a ésta elementos de propia cosecha que convierten el mural en una suerte de *quid novum,* con la peculiaridad de que, al estar éste realizado sobre el mismo soporte de la obra originaria, daría como resultado el desvanecimiento de ésta.

De manera paradójica, sin embargo, lo que podría haber constituido el origen de un conflicto entre los herederos del autor y la restauradora *amateur* –si se me permite esta expresión– a cuenta del derecho moral de aquél[109], se ha saldado con un acuerdo entre la Fundación propietaria del mural y la Sra. Giménez Zue-

---

obra», criterio este último que parece traslucir una diferenciación entre propietario *con solera* y adquirente reciente de la obra que no puedo compartir.

109. Recuérdese que el derecho moral a exigir el respeto a la integridad de la obra se transmite *mortis causa,* por regla general, a favor de los herederos del autor (artículo15.1 LPI), que pueden no ser los titulares de explotación sobre la obra. Habría aquí por tanto al menos una diversificación en la titularidad de los derechos morales y los de explotación, suponiendo que la Fundación, además de ser propietaria del soporte material, fuese titular de los derechos de explotación sobre el Ecce Homo, cosa que ella misma no afirma [como digo en el texto a continuación]. En defecto de herederos, la legitimación para ejercitar ese derecho moral pasa a ser del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural (artículo 16 LPI).

co, en virtud del cual la primera, en su calidad de «propietaria del soporte material en el que se encuentra incorporada la citada obra artística», reconoce que en julio de 2012 la segunda realizó una transformación de la obra del Sr. García Martínez, como consecuencia de la cual obtuvo una obra derivada de la original, y a los efectos de ordenar el ejercicio de los derechos de explotación sobre la misma ambas partes acuerdan una participación en los beneficios derivados de esa explotación de un 51% para la Fundación y un 49% para la Sra. Giménez[110].

El contenido de este acuerdo puede considerarse tan monstruoso como la supuesta obra derivada perpetrada por la Sra. Giménez, pues dice cosas tan aberrantes como que las partes muestran discrepancias sobre la titularidad de los derechos morales sobre la obra derivada[111], que en el caso de que la totalidad de los descendientes del Sr. García Martínez manifestara su voluntad expresa de incorporarse al acuerdo, aceptando las cláusulas del mismo, las partes se comprometen a favorecer esa incorporación, acordando una cesión parcial y proporcional de sus respectivos derechos de explotación sobre la obra derivada[112], que esa misma cesión proporcional se observará si fueran obligados judicialmente a ceder parte de los derechos de explotación sobre la obra derivada a tales descendientes[113], o que en fin, si éstos exigieran la separación de la obra original y la derivada, las partes se comprometen a realizar dichos trabajos con la condición de que informes técnicos solventes garanticen la plena pervivencia de ambas obras.

---

110. El acuerdo, así como algunos informes técnicos relevantes sobre este caso, se pueden consultar en *http://www.borja.es/servicios-municipales/descarga-de-impresos/category/6-fundación-sancti-spíritus. html.* Es llamativo que en uno de esos Informes se señale que la intervención de D.ª Cecilia es un mero repinte, no una restauración, y que además sería fácilmente reversible, pudiéndose recuperar la pintura original tal y como estaba antes de la intervención, que era en un 50-60% de su extensión original.
111. Pero, si la única autora de esa obra derivada es la Sra. Giménez Zueco y así se reconoce en el acuerdo, ¿qué discrepancias podría haber al respecto?
112. ¿Y si esos descendientes se oponen, sencillamente, a la explotación de la obra derivada, o reclaman una participación superior a la cesión parcial que los firmantes del acuerdo estén dispuestos a hacerles? ¿Qué título tendría, en último extremo, la Fundación para atribuirse un porcentaje de los derechos de explotación sobre la supuesta obra derivada concebida por D.ª Cecilia? No es necesario recordar que el dueño del soporte de una obra plástica sólo adquiere ex artículo 56.2 LPI el derecho de exposición pública, desde luego no el derecho de transformación. En otro orden de cosas, ¿por qué habrían los *descendientes* del autor de incorporarse al acuerdo para hacer valer su posición? ¿Y por qué habría de ser necesario que todos ellos estuviesen de acuerdo? ¿No bastaría con que lo estuvieran sus *herederos* (sean o no sus descendientes, o todos sus descendientes), y dentro de ellos aquél(los) a quien(es) se hubieran asignado los derechos de autor sobre el Ecce Homo? Todo apunta a que sí.
113. Es de suponer que si se produce tal decisión judicial, ésta ya establecería el modo y proporción en que los derechos deberían ser asignados o reintegrados a los descendientes en cuestión.

Este último es quizás el extremo más curioso. Si se observan las fotografías del antes y el después nadie diría que son apreciables una obra original y otra derivada, sino más bien una sola obra que persiste y oculta la pintura mural originaria. ¿Puede hablarse de transformación cuando la supuesta obra derivada hace desaparecer la preexistente, hasta el punto de que se duda que sea posible escindirlas con la garantía de plena pervivencia de ambas? Me temo que cuando la obra nueva no pasa a cohabitar con la originaria, permitiendo que la explotación de ésta siga su curso, sino que lo que hace es sustituirla, no puede hablarse de una genuina obra derivada sino de una modificación. Como tal, no pondrá en marcha el derecho del artículo 21 LPI (derecho patrimonial de transformación), sino el del artículo 14.5º LPI (derecho moral de modificación), que sólo puede ejercitar positivamente el autor durante su vida (artículo 15 LPI). Una intervención realizada por un tercero con aptitud para provocar una *modificación* de la obra en el sentido del artículo 14.5º LPI, sólo puede reconducirse a la noción homónima manejada en el artículo 14.4º LPI, y por lo tanto tendrá muchas posibilidades de constituir un acto de vulneración del derecho moral a la integridad[114].

34. EPÍLOGO

El de las obras de arte es, sin duda, uno de los campos más fecundos y estimulantes para el estudio del funcionamiento de los derechos de propiedad intelectual. Habida cuenta del papel primordial que en este tipo de obras cumple el soporte original de las mismas, se produce un especial juego de relaciones entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum* que desemboca en un delicado trenzado entre las propiedades, intelectual y ordinaria, que respectivamente se proyectan sobre ambos. Esa interrelación se manifiesta de un modo singular en determinados casos límite, como cuando un solo soporte sirve de base a dos creaciones diferentes, o cuando una misma creación conoce dos proyecciones materiales sucesivas.

Ciertamente, muchas de las conclusiones que se alcanzan tras examinar algo más de cerca la propiedad intelectual sobre las obras de arte no son extrapolables a otros sectores de la creación, debido precisamente a la enorme singularidad de aquellas creaciones, cuya explotación pivota en torno a la contemplación directa de la obra y no a la reproducción y distribución por medio de ejemplares. Pero al mismo tiempo, se advierte que algunas figuras clásicas del derecho de autor encuentran en esta área su sede natural de aplicación. Es el caso obviamente del

114. Todo apunta pues a que el acuerdo entre la Fundación Sancti-Spiritus y la Sra. Giménez ha querido tapar el acre sabor de una agresión a la integridad de la obra originaria con el dulce aroma del fruto de una transformación, por la sencilla razón de que el Ecce Homo deformado se ha convertido en un icono popular que atrae turismo a Borja y que está propiciando un lucrativo negocio de *merchandising*. Ambos contratantes se estarían así repartiendo el botín de un acto ilícito, pues no otra cosa es la transformación de una obra realizada sin el consentimiento del titular o titulares del derecho correspondiente.

derecho de participación, pero también del derecho de exposición pública, del derecho moral de acceso al ejemplar único o raro y, en gran medida, del derecho moral a exigir respeto a la integridad de la obra. Por su parte, las manifestaciones de arte conceptual y de arte efímero o realizado con materiales de dominio público u objetos abandonados, sirven para poner a prueba algunos de los pilares estructurales del edificio del derecho de autor.

La riqueza de situaciones y conflictos relacionados con las obras plásticas que la práctica nos depara es poco menos que apabullante. En este trabajo he intentado ilustrar esa riqueza mediante un repaso de las tendencias actualmente en boga y de los casos que pueden considerarse más emblemáticos. Aunque la muestra sólo pueda ser parcial y el examen deba estar permanentemente abierto a las novedades, el balance final pone de manifiesto la gran pujanza de este sector, que sin duda está llamado a llevar a conocimiento de los jueces y tribunales nuevos y sugestivos casos para deleite de todos los juristas especializados en el estudio de la propiedad intelectual. Invito pues al lector a que recoja mi humilde testigo y continúe avanzando por la senda de esa investigación.

35. BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, M.: *Derecho Civil III, Derecho de bienes I*, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1994.

Alonso Pérez, M.: «Comentario al artículo 377», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1990.

– «Comentario al artículo 383», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo), tomo V, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1990.

Benjamin, W.: *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica* (trad. de Andrés E. Weikert a partir de sus Obras Completas), Ítaca, México, 2003.

Bercovitz Álvarez, G., «Comentario al artículo 361», en *Comentarios al Código Civil* (Coord. R. Bercovitz), 4ª ed., Aranzadi, 2013.

– *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor,* Tecnos, Madrid, 1997.

– «Comentario a la STS de 3 de junio de 1991», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 27 (octubre-diciembre 1991), pp. 747-757.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Manual de propiedad intelectual,* 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

– «Comentario a la STS de 20 de febrero de 1998», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 46 (enero-marzo 1998), pp. 415-436.

– «Comentario a la STS de 29 de marzo de 1996» *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* nº 41 (abril-agosto 1996), pp. 835-846.

– «Derecho de autor y destrucción de la obra plástica», *Anuario de Derecho Civil,* tomo XXXIX, fasc. I (1986), pp. 217-260.

Cámara Águila, P.: «El soporte material de una obra plástica: el devenir de cuatro obras del pintor uruguayo Joaquín Torres García», *pe. i. revista de propiedad intelectual,* nº 18 (septiembre-diciembre 2004), pp. 71-82.

Casas Vallés, R., «El caso Calatrava o Zubi Zuri, ¿una victoria pírrica en apelación?», *pe. i. revista de propiedad intelectual,* nº 32 (mayo-agosto 2009), pp. 99-117.

– «La condición de autor: los casos Barceló y Boadella», *pe. i. revista de propiedad intelectual,* nº 28 (enero-abril 2008), pp. 127-141.

– «La propiedad intelectual en los museos», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales,* nº 4 (2008), pp. 76-96.

– «Obra arquitectónica y derecho de autor: el caso Calatrava», *pe. i. revista de propiedad intelectual,* nº 27 (septiembre-diciembre 2007), pp. 75-83.

– «Comentario al artículo 24 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. R. Bercovitz), 3ª ed., Tecnos, 2007.

– «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI: bases teóricas», en *Derechos del artista plástico* (Coord. A. Bercovitz), Aranzadi, Pamplona, 1996.

– «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual.* Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000, I, ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1991.

Colombet, C.: *Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droit Voisins sur le Monde,* UNESCO, 1987.

Concepción Rodríguez, J. L.: «Los derechos del autor sobre la obra plástica», en *Cuadernos de Derecho Judicial,* nº XIII, CGPJ, Madrid, 2001.

Espín Cánovas, D.: *Los derechos del autor de obras de arte,* Civitas, Madrid, 1996.

Ginsburg, J.: «El derecho de autor en el 101 Congreso de Estados Unidos: Comentario de la Ley sobre los derechos de los autores de artes visuales y de la Ley sobre la protección de las obras de arquitectura por el derecho de autor de 1990», *Revue Internationale du Droit d'Auteur* (*RIDA*) nº 152, abril-julio 1992.

Hualde Sánchez, J.: «Comentario al artículo 56 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. R. Bercovitz), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

Marín López, J. J.: *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra,* ed. Aranzadi, Pamplona, 2006.

Martínez Espín, P.: «Comentario al artículo 14 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. R. Bercovitz), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

Mayorga Toledano, M. C.: «El arte efímero como objeto de la propiedad intelectual. Especial referencia a los embalajes monumentales y demás instalaciones conceptuales», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor,* nº 31 (2010-2011), pp. 281-300.

Pérez de Ontiveros Baquero, C.: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación,* Civitas, Madrid, 1993.

Rivero Hernández, F.: «Comentario al artículo 22 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. R. Bercovitz), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

Rodríguez Tapia, J. M.: «Comentario al artículo 56 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coord. J. M. Rodríguez Tapia), 2ª ed., Civitas, 2009.

Rubí Puig, A.: «Incentivos, costes de transacción y *rent-seeking* en la regulación del derecho de participación de artistas plásticos», *pe. i. revista de propiedad intelectual* nº 38 (mayo-agosto 2011), pp. 77-123.

Vicent López, C.: *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada,* ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

Vila-Matas, E.: *Kassel no invita a la lógica,* ed. Seix Barral, Barcelona, 2014.

El dilema de Landet (ensayo sobre la destrucción y mutilación de la obra de arte y sus aspectos jurídicos)*

JUAN JAVIER NEGRI
Abogado

SUMARIO: PROEMIO. EL DILEMA DE LANDET. 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO. 3. DESTRUCCIÓN, MUTILACIÓN, ALTERACIÓN. 4. LA OBRA DE LANDET: ¿MUTILACIÓN, DESTRUCCIÓN O RESIGNIFICACIÓN? 5. CENSURA, ICONOSCLASTIA Y VANDALISMO. 6. LAS REGLAS DE JUEGO: LOS DERECHOS MORALES. 7. LA CONVENCIÓN DE BERNA. 8. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA DE ARTE. 9. PERO… ¿Y EL *IUS ABUTENDI*? 10. ALGUNOS PRECEDENTES SIGNIFICATIVOS SOBRE EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA DE ARTE EN LA JURISPRUDENCIA CONTINENTAL. 11. EL SISTEMA ANGLOSAJÓN. 12. LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES EN LOS ESTADOS UNIDOS. 13. UN PUNTO CLAVE: LOS ASPECTOS OBJETIVOS DE VARA. 14. LOS EXTREMOS DEL DEBATE ACERCA DE LOS DERECHOS MORALES. 15. CÓMO SOLUCIONAMOS EL DILEMA DE LANDET. 16. ANTE ALGUNOS POSIBLES ESCOLLOS A NUESTRA PROPUESTA. 17. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA.

PROEMIO. EL DILEMA DE LANDET

José Luis Landet es un joven y reconocido artista argentino, que exhibe sus obras en muestras, exposiciones y ferias de arte, sin limitaciones ni obstáculos, al menos por el momento. Las elabora sobre la base de pinturas de otros autores que adquiere en mercados callejeros, subastas y ferias, para fragmentarlas o cortarlas y así «resignificarlas».

Sus creaciones, a través de la «resignificación» de obras de otros artistas, vivos o muertos, implican la mutilación adrede y consciente de aquéllas.

---

* Todos los textos en idioma extranjero citados en este trabajo fueron traducidos por el autor.

Este trabajo fue originalmente presentado con el seudónimo Jacobo Lorenzo Fiorini (Italia, 1800-Santos Lugares, 1846), uno de los más eminentes retratistas de la sociedad de Buenos Aires durante las primeras décadas del S. XIX.

Aunque sean de propiedad de LANDET, «resignificar» esas obras de arte viola los derechos morales de los artistas cuya obra aquél mutila o destruye.

Los derechos morales tutelan la integridad de la obra de arte, en sentido amplio. Están insertos (con diferencias a veces sustanciales) en las legislaciones nacionales que han incorporado las disposiciones de la Convención de Berna. Presumen la existencia de un interés legítimo de todo artista de oponerse a la mutilación o destrucción de sus obras de arte, cualquiera sea su calidad.

Consideramos imposible elaborar o aplicar normas legales que impongan límites a la creación artística, por lo que es necesario resolver el siguiente dilema: ¿cómo se legitima una obra de arte creada en violación de los derechos morales?

Se atribuye a GOETHE haber dicho que «las obras de arte son propiedad de la humanidad y ser su propietario conlleva la obligación de preservarlas. Aquél que reniegue de este deber será castigado con el desprecio de la gente educada, ahora y en el porvenir».

¿Es esto realmente así?

De eso trata este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

(a) *Un abogado curioso en una feria de arte.* Quizás un título más apropiado para un trabajo como éste podría ser «De cómo su propia experiencia visual lleva al abogado a cuestionar ciertas normas jurídicas». Pero es demasiado largo, y por eso hemos elegido otro, más breve, a pesar de que podría no identificar claramente la naturaleza y el contenido de este ensayo.

Cuando alguien con formación jurídica visita una muestra, una exposición o una feria de arte y disfruta de las obras allí expuestas, no puede dejar de formularse posibles planteos legales cada vez que algo llama su atención sobre el fenómeno artístico: la posibilidad de un plagio, una *provenance* dudosa, un título quizás injurioso, una atribución arriesgada...

(b) *El análisis jurídico del arte.* Analizar cualquier problema jurídico vinculado con el arte sin hacer referencia a un caso concreto puede resultar un ejercicio en futilidad. En efecto, la elaboración de teorías jurídicas relativas al arte cuya aplicación posterior se verá forzosamente limitada por la naturaleza y los tiempos propios del hecho artístico no puede producir resultado positivo alguno. Esto es consecuencia de que primero «acontece» u «ocurre» el arte, producto de la espontaneidad, la inspiración y el impulso artístico, y muy luego, si acaso, nace o surge el marco jurídico. Éste podrá intentar protegerlo o ampararlo, pero nunca podrá reprimirlo, restringirlo o someterlo.

Ese marco jurídico debería tener como pretensión máxima reglar algunos aspectos, diríamos, «funcionales» del arte (anteriores o posteriores al hecho artístico en sí), pero jamás podría o debería operar como un freno, barrera, arnés, dique de contención o limitación del impulso artístico, que, por definición, ha de ser libre. No puede esperarse que el derecho (al menos, el de los países donde imperan la libertad de conciencia y de expresión) opere como una valla a la libre manifestación del artista[1].

Por consiguiente, al concentrarnos en un problema legal concreto vinculado con el arte, el análisis es menos teórico, más atado a la realidad y, por consiguiente, más susceptible de producir resultados tangibles.

(c) *Los conflictos entre las normas y el arte.* Lo cierto es que los conflictos entre el marco legal del arte (muchas veces escaso, y las más de las veces remoto), por un lado, y el arte y los artistas por el otro ocurren en la realidad y cada vez con mayor frecuencia. En consecuencia, eso lleva a choques entre la imaginación e inspiración de los artistas y las normas legales en vigor. «*Los artistas* –dice Julius[2]– *siempre fuerzan las fronteras de lo que se sostiene que es arte; de allí que también han de forzar las fronteras de lo que es legal. Del mismo modo que la estética atrasa con relación al arte, el derecho atrasa con relación a la estética*».

Esa reflexión es similar a la que, finalmente, llevó a elaborar este trabajo: es evidente que ciertas técnicas o prácticas artísticas actuales chocan con el principio legal de la integridad de la obra de arte, vigente en la mayoría de los países, y que prohíbe «deformar, mutilar o modificar» esa obra.

Eso nos impulsó a intentar encontrar alguna base para poder conciliar ambas cosas: el hecho artístico y la norma jurídica que intenta acotarlo o limitarlo, sobre la base de juicios de valor que, en muchos casos, demuestran ser contingentes, o están limitados por circunstancias temporales o son el resultado de preconceptos o prejuicios. Hemos encontrado esa base *de lege ferenda* a través de la investigación de sistemas legales distintos al continental. A partir de allí hemos intentado desarrollar una propuesta de solución a lo que hemos llamado «el dilema de Landet» (esto es, la necesaria mutilación de obras de arte para dar origen a otras nuevas) que nos parece la más atinada en función de los valores en juego.

---

1. Quizás el más reciente ejemplo de ello esté constituido por el reclamo del secretario general del Partido Comunista Chino, Xi Jinping, que pocos días atrás reclamó a los artistas de su país que volvieran al realismo socialista, «para servir al pueblo promoviendo el patriotismo y los valores morales del socialismo» abandonando la combinación del *pop* americano con ese realismo, combinación que ha permitido la aparición de artistas como Al Weiwei, Xu Bing, Yue Minjun y Wang Guangyi. (Santevecchi, Guido, «La Cina contro l'arte degenerata: Xi richiama al realismo socialista», *Corriere della Sera,* 18 de octubre de 2014, p. 13).
2. Julius, Anthony, «Art crimes» en *Dear images: art, copyright and culture;* Daniel McClean y Karsten Schubert, editores; Ridinghouse, Londres, 2002, p. 495.

(d) *El arte y la moral*. El conflicto que expondremos y los argumentos a los que éste da lugar podrían tener algún parecido con la tensión que, en ocasiones, enfrenta al arte con la moral. En efecto, a lo largo de los tiempos, han sido innumerables las veces que el hecho artístico ha chocado con normas legales o costumbres imperantes en materia de moral pública.

Las acusaciones de pornografía, indecencia, ataque a la moralidad pública, etcétera, han sido frecuentes a lo largo de la historia del arte. Aunque en muchas ocasiones algunas batallas fueron ganadas por quienes han sostenido (y sostienen) la existencia de límites a lo que el arte puede o debe expresar (a veces jurídicos, otras veces «morales», con frecuencia religiosos), a largo plazo (y por fortuna) la guerra siempre ha sido favorable a quienes han luchado en favor de la libertad creadora[3].

«Nuestro» conflicto, que intentamos desentrañar en este trabajo, tiene, seguramente, entidad menor. Pero, como dijimos, nace a raíz de la existencia de un valladar (de origen legal) que, desde nuestro punto de vista, y a esta altura de los tiempos, se está convirtiendo en un impedimento a la libertad creativa.

De la descripción del campo de batalla, de los principios en juego y de los valores en pugna y de anticipar cuál debería ser el mejor resultado de la guerra que creemos debe emprenderse, trata este trabajo.

2. EL PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO

Frente al problema que hemos planteado, nos interesa investigar la cuestión para poder así sugerir soluciones jurídicas que puedan ser aplicables uniformemente frente a la universalidad del arte.

La exposición del tema intentará, como se dijo antes, explicar los aspectos sustantivos, los argumentos y los factores en juego en el conflicto entre el proceso creativo del artista y las normas relativas a la intangibilidad de la obra de arte que, en nuestra opinión, limitan su desarrollo. Si nuestra exposición resultara convincente, sería ideal que este ensayo pudiera servir como base para adoptar soluciones distintas a las existentes. O, mejor aún, derogar, dejar sin efecto o anular –o por lo menos acotar– un principio legal adoptado (no sin serias reservas) en casi todos los países. Esperamos poder demostrar que, tal como está actualmente formulado, el sacrosanto principio de la integridad *a ultranza* de la obra de arte a instancias de su propio autor ya no cumple finalidad alguna.

---

3. Por eso, entre los requisitos para la protección legal de la obra de arte no puede encontrarse su «licitud», que ofrece «una *ratio* consolidada por el origen histórico del derecho del artista, no sólo como un derecho de monopolio sobre la obra de arte, sino como un derecho a manifestar el pensamiento contra la censura» (Musso, Alberto, *Diritto di autore sulle opere del ingegno letterarie e artistiche,* Zanichelli Editore, Bologna, 2008, p. 34.)

Una de las razones para semejante aserto es que el «arte» para el que los derechos morales fueron creados ha sufrido semejantes transformaciones que la legislación a su respecto debe ser modificada. La principal transformación es, sin duda, como lo explicamos más adelante, el papel que *la destrucción* juega en el arte contemporáneo.

Otra razón, no menos importante, es que los derechos morales están concebidos «desde» el artista, pero no «hacia» la obra de arte. Nos explicamos: de acuerdo a la concepción actual de los derechos morales (y que desearíamos modificar), basta que *el artista* sostenga la existencia de una violación a sus derechos morales para poner en marcha el mecanismo reparador o resarcitorio, puesto que la ley le reconoce un interés legítimo sobre la base de una discutible presunción. Nosotros propugnamos, en cambio, que ese mecanismo comience a funcionar en base a la entidad o importancia *de la obra de arte.* **Es decir, pasar de un criterio subjetivo –la voluntad o interés del artista– a otro, *objetivo:* la importancia de la obra de arte.**

Como el arte es universal, sería también ideal que la solución jurídica propuesta pudiera resultar uniforme en todas las jurisdicciones, para asegurar así la inexistencia de conflictos derivados de la ubicación geográfica del artista o de su obra.

Después de todo, «los sistemas legales de cada sociedad enfrentan, en rigor, los mismos problemas y los resuelven a través de medios muy distintos, aunque con frecuencia con resultados similares»[4].

3. DESTRUCCIÓN, MUTILACIÓN, ALTERACIÓN

Muchas de las normas legales que citaremos a lo largo de este trabajo hacen referencia tanto a la «destrucción» de obras de arte como a su «mutilación». Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, ambos términos no pueden ser equiparados. La doctrina, no sin discrepancias, ha señalado que muchas veces, los derechos morales (a los que nos referiremos más adelante) protegen a las obras de arte contra su *mutilación,* pero no contra su *destrucción* (como ocurre bajo la Convención de Berna), mientras que en otros casos (como bajo las leyes sobre derechos morales de California) ambas hipótesis (esto es, mutilación y destrucción) tienen un tratamiento legal uniforme.

Merryman, Elsen y Urice[5] citan un trabajo de Martin Roeder publicado en el influyente *Harvard Law Review*[6], (y a partir de allí «citado rutinariamente por

4. Zweigert, K. y Kots, I., *An introduction to comparative law* !:25 (1977), *cit.* por Rosen, Dan, «Artists' moral rights: a European evolution, an American revolution», en 2 *Cardozo Arts and Entertainment Journal* 155, (1983), p. 155
5. Merryman, J. H.; Elsen, Albert y Urice, Stephen, *Law, Ethics and the Visual Arts,* Wolters Kluwers, Alphen, Holanda, p. 428.
6. Roeder, M., «The doctrine of moral right: a study in the law of artists, authors and creators», 53 *Harvard Law Review* 554 (1940).

otros autores») según el cual los derechos morales no impedirían la destrucción total de la obra de arte, sino que sólo la protegen contra su mutilación.

Sin embargo, Merryman y sus colegas recuerdan que la base de ese aserto es el caso «Lacasse», resuelto en Francia, que en opinión de esos autores, en rigor de verdad brinda escaso o nulo apoyo o sustento a la tesis de Roeder. Según los hechos del caso, un cura de un pequeño pueblo pidió a un pintor que decorara la iglesia parroquial con varios frescos. El obispo de la región recibió varias quejas al respecto, y luego de inspeccionarlos los juzgó de mal gusto. Consideró también que ni siquiera modificándolos podrían ser considerados aceptables, por lo que ordenó que fueran completamente eliminados. Ante la queja del artista, el caso fue oído por los tribunales de París, que rechazaron el reclamo y dieron razón al obispo[7].

A partir de allí, sostienen Merryman y sus colegas, Roeder construyó la teoría según la cual la justicia no reconocía protección contra la destrucción completa de una obra de arte bajo los derechos morales. En opinión de dichos autores, por el contrario, sostener que los derechos morales no protegen contra la destrucción total *no tiene suficiente aval jurisprudencial*. En opinión de esos autores, ello se debe, en primer lugar, a que «un fresco en la pared de un edificio es un caso especial» ya que normalmente el conflicto se plantea entre el artista y el propietario del inmueble. Y, en segundo lugar, quien solicitó la confección de los murales no era el propietario del edificio: sólo el obispo tenía derecho a obliterar un fresco sobre un bien propio que él no había encargado ni aprobado.

Para la doctrina argentina, (en un principio que no compartimos, al menos en la extensión con que se lo expone en el párrafo que sigue) «debe reconocerse al autor el derecho a reclamar la reparación del daño moral si el propietario de una obra plástica la destruye. Ello es una consecuencia normal del principio según el cual la propiedad tiene una función social, que veda el ejercicio abusivo del derecho (arg. artículo 2513 del Código Civil). No es posible reconocer a un particular, por dueño que sea, el poder de destruir una obra que pertenece al acervo cultural de un pueblo; y es natural que la acción de daños se reconozca al principal agraviado, que es el autor»[8].

Desde un punto de vista puramente lexicográfico, «destruir» es «reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño», mientras que «mutilar» es «cortar o cercenar una parte del cuerpo y más particularmente, del cuerpo viviente» o «cortar o quitar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo». Desde este ángulo, la diferencia entre ambos términos es francamente imperceptible, por lo que advertimos al lector que, en más de una ocasión,

7. «Lacasse et Welcome c. Abbé Quénard», Corte de Apelaciones de París, 27 de abril de 1934; D.H. 1934, 385. *Gaz. Pal.* 1934.2, 165.
8. Caivano, Roque; Mitelman, Carlos y Zuccherino, Daniel, «La protección legal del derecho del autor en la creación intelectual», *elDial.com* AA6A7A (28 de abril de 2011), con cita de Borda, Guillermo, *Tratado de los derechos reales*, II:569 (1975).

ambos conceptos (tanto en este trabajo como en muchos de los fallos y comentarios citados) han sido usados indistintamente.

Distinto es el caso de la *alteración,* pues el concepto en sí es más claro y unívoco («cambiar la esencia o forma de algo»)[9] y deja menor margen de dudas.

Nos parece, en resumen, que usando términos del lenguaje corriente, y en una escala de mayor a menor, la *destrucción* significa, en la mayoría de los casos, la *desaparición* de la obra de arte, sin que quede de ella rastro alguno y sea imposible su reconstrucción, mientras que la *mutilación* consiste en el daño, la rotura, la fractura o el quiebre violentos de una obra sin llegar a su absoluta desaparición. La *alteración,* en cambio, aparece más cercana al cambio y a la modificación antes que a la eliminación de la obra.

De todas maneras, es difícil trazar, en algunos casos, una clara distinción entre «destrucción» y «mutilación». Piénsese, por ejemplo, en lo ocurrido con los ciento treinta metros cuadrados cubiertos con frescos de Giotto (Florencia, Italia, 1266-1337) y Cimabue (Florencia, 1240-Pisa, 1302) en la Basílica de San Francisco, en Asís (Italia), convertidos en aproximadamente trescientos mil fragmentos y los ochenta metros cuadrados de pinturas en la cúpula de esa misma iglesia reducidos a 50.000 minúsculos trozos, a raíz del terremoto de 1997. Cualquiera hubiera definido ese hecho como «destrucción» de esas obras de arte... y sin embargo han sido restauradas en el llamado «Taller de la Utopía» y, luego de algo más de dos años de trabajo, han vuelto a ser instaladas en su emplazamiento original[10]. Otro caso paradigmático a los fines de cuestionar las lábiles diferencias entre «mutilación» y «destrucción» es el de «La educación de la Virgen», obra temprana de Diego Velásquez (Sevilla, 1599-Madrid 1660), pintada alrededor de 1617, redescubierta en 2010 por John Marciari luego de una larga desaparición, durante la que fue dañada, quemada en parte, despojada de 25 centímetros en su borde superior, de tres centímetros en la inferior y una cantidad sin determinar de los bordes laterales, lavada con lejía e hidróxido de sodio (sosa o soda cáustica). Los daños sufridos «fueron tremendos», y durante dos años los restauradores de la Universidad de Yale trabajaron sobre la obra, pero debieron renunciar a reconstruir las partes perdidas[11]. ¿Cuánto debería perderse del original para decir que éste fue «destruido» en lugar de «mutilado»? Antes de ser restaurada, ¿esa obra estaba «mutilada» o «destruida»?

Según Merryman *et al.,* todos los casos en los que la destrucción total de una obra de arte ha sido permitida han consistido en conflictos entre el artista y el propietario del edificio al que la obra estaba adherida. «No conocemos ningún

9. Todas las definiciones provienen del *Diccionario de la Real Academia Española*.
10. Véase *http://es.wikipedia.org/wiki/Bas%C3%ADlica_de_San_Francisco_de_As%C3%ADs*.
11. García, Ángeles, «Sevilla consagra al primer Velásquez», *El País,* Madrid, 15 de octubre de 2014, p. 28.

caso de aplicación de los derechos morales en el que una obra de arte no adherida a un inmueble haya podido ser destruida»[12].

Por otra parte, y en términos puramente procesales, quien no lograra demostrar la *destrucción,* en el camino probatorio habrá logrado demostrar, al menos, la *mutilación*.

4. LA OBRA DE LANDET: ¿MUTILACIÓN, DESTRUCCIÓN O RESIGNIFICACIÓN?

José Luis Landet (nacido en Buenos Aires, Argentina, en 1977) es un joven artista plástico, con una interesante trayectoria[13]. En la última feria internacional de arte de Buenos Aires (ArteBA 2014)[14] Landet expuso varias obras plásticas, creadas sobre la base de viejas pinturas (generalmente óleos) adquiridas en ferias dominicales o mercados de pulgas, muchas veces (pero no siempre) obra de autores anónimos o desconocidos. Luego Landet corta las telas en trozos o tiras, o las interviene de algún modo. Incluso, con los marcos y bastidores vacíos de esos cuadros (una vez que hubo extraído las telas para intervenirlas) conforma esculturas tridimensionales. Otras obras (como, por ejemplo, «Verosímil-Ficcional», «Paisaje Recuperado nº 1» o «Porosidad nº 7»[15], realizadas entre 2010 y 2013), incorporan explícitamente obras de terceros pintadas hacia 1940.

El crítico argentino Marcos Kramer se refiere al trabajo «casi desalmado, bestial, indómito, apasionado pero frío de la recolección, la fragmentación, la elección, la distribución» que hace Landet con obras de pintores del pasado. Y agrega: «Una de sus obras consiste en varios retazos de lienzo colgados de un clavo sobre la pared. Son los costados de los lienzos que recorta: se ven los agujeros de los oxidados clavos con que se sujetaba el lienzo al bastidor. [...] Estas tiras de lienzo se transforman entonces en cueros para un zapatero, en cámaras de neumático para un gomero o incluso retazos de tela para una costurera. Pero fueron cuadros y eso no los mejora»[16].

---

12. Merryman *et al., op. cit.,* p. 429.
13. Sus detalles biográficos pueden consultarse en Landet, José Luis, *Cortar el horizonte,* Document Art, Buenos Aires, 2013,
14. Según Baia Curoni, Stefano (citado en Negri-Clementi, Gianfranco *Il diritto dell'arte,* Skira, Milán-Ginebra, 2012, I:45), ArteBA es la cuarta feria de arte más concurrida del mundo, con 120.000 asistentes (cifras de 2011).
15. Reproducidas en Landet, *op. cit.,* s/n.
16. Nosotros encontramos cierta similitud entre la obra de Landet y el *Merzbau* de Kurts Schwitters (Hannover, Alemania, 1887-Kendal, Inglaterra, 1948), un artista del movimiento Dada quien después de conocer a Jean (Hans) Arp (Estrasburgo, Francia, 1886-Basilea, Suiza, 1966) abandonó la pintura figurativa para dedicarse a *collages* (o *assemblages),* cuya técnica consistía en construir instalaciones sobre bastidores de pintor con todo tipo de materiales encontrados al azar. Sus obras «son composiciones hechas con residuos que tienen el refinamiento geométrico de una obra constructivista» (Gom-

En otros casos, Landet «arruga «irresponsablemente» viejas pinturas, quiebra el óleo que las recubría, como si las hiciera envejecer irresponsablemente»[17].

En conversaciones con el autor de este ensayo, Landet dice que no siente que su tarea «mutile» obras de otros artistas (a pesar de que, en los hechos, deba desmontar las telas de sus bastidores y luego, en muchos casos, desgarrarlas o cortarlas en tiras o trozos) sino que les otorga un nuevo significado: las «resignifica». Si bien trabaja sobre obras de bajo precio, adquiridas, como se dijo, en ferias, mercados populares y baratillos, «no desdeñaría hacer lo mismo con una tela de Picasso». Porque, como dice Kramer, Landet «no desprecia [las obras de los pintores que utiliza] sino que las transforma en materia de trabajo».

Obviamente, nos resulta difícil pensar que una pintura «mutilada» (*rectius:* «intervenida» o «resignificada» por Landet), luego de que el lienzo que la soporta ha sido cortado en tiras pueda ser considerada «reconstruible». En nuestra opinión, las «mutilaciones» de Landet equivalen a la destrucción del original.

Pero, como dice Andrea Giunta[18], «el artista contemporáneo suele interpelar imágenes que sobreviven del pasado y que están atravesadas por un sentido enigmático. Imágenes que no necesariamente son parte del mundo del arte o que lo fueron y han quedado desplazadas. Imágenes que flotan entre universos visuales, que no viven en la sala del museo, que han sido olvidadas, pero que son, en verdad, depósitos, lugares en los que sedimentan sentidos, tramas de la historia que han perdido visibilidad, cotidianeidad, pero que siguen, sin embargo, activas...».

Giunta parece describir el arte de Landet cuando, con cita de Nicolás Bourriaud, menciona que existe «...un arte, también, de edición, *en el que el artista se vale de obras preexistentes, productos culturales disponibles. Ya no elabora sus trabajos a partir de la pintura o de un bloque de mármol, sino de objetos que han sido realizados por otros, que se reprograman a partir de la lógica de la obra nueva. [...]. El uso de formas ya producidas, un arte de posproducción...*»[19].

5. CENSURA, ICONOSCLASTIA Y VANDALISMO

El de Landet no es el único caso de *destrucción o mutilación voluntaria* de obras de arte. No viene al caso hacer aquí una descripción de la enorme cantidad de

---

pertz, Will, *What are you looking at? 150 years of Modern Art,* Viking, Penguin Books, Londres 2012, p. 228.

17. Landet, *op. cit.,* s/n.
18. Giunta, Andrea, *¿Cuándo empieza el arte contemporáneo?* Fundación ArteBA, Buenos Aires, 2014, p. 28.
19. Giunta, *loc. cit.*, p. 80.

ocasiones en las que se destruyeron o mutilaron obras de arte, y de la infinidad de motivos para ello[20].

Aunque no sea el tema de este ensayo, cabe recordar que (en lo que quizás constituya un homenaje implícito a la «calidad intrínseca» del fenómeno artístico), se ha intentado evitar la destrucción de obras de arte con motivo de conflictos bélicos (estén en manos públicas o privadas) mediante la adopción de la Convención de La Haya para la Protección de la Propiedad Cultural en Caso de Conflictos Armados de 1954 (a la que España adhirió en 1960 y la Argentina en 1989) y sus dos Protocolos (de 1954 y 1999).

Pero, para ilustrar los propósitos de este trabajo, algunos pocos casos de destrucción y mutilación, de los cientos o quizás miles que han ocurrido a lo largo de la historia, son dignos de mención en estos párrafos iniciales. Los hemos dividido en dos grandes grupos: aquellos en los que la destrucción o mutilación ocurre principalmente por motivos extrínsecos y ajenos al arte (como consecuencia de guerras o revoluciones, del odio político o religioso u otros motivos no demasiado relevantes para nuestro análisis), y aquellos en los que la destrucción o mutilación de la obra de arte fue llevada a cabo por su propietario o su autor (quien a veces coincide con la figura del propio artista), ya sea como consecuencia de un juicio de valor acerca de la obra misma o como derivación o aplicación de su proceso creativo.

Otros casos de destrucción o mutilación de obras de arte que han dado lugar a decisiones judiciales sobre el tema son mencionados a lo largo de este trabajo.

Muchas veces las razones o los motivos para destruir o mutilar una obra de arte se aproximan entre sí (¿acaso intentar destruir o mutilar la *Piedad* de Miguel Ángel no entraña un «juicio crítico» sobre esa obra?), por lo que la distinción entre un «tipo» y otro de destrucción o mutilación resulta borrosa, sobre todo porque en muchos casos la comisión del daño resulta inexplicable.

Pero en un primer grupo podríamos incluir:

La destrucción por razones ideológicas, desde la iconoclasia del emperador León III el Isáurico (hacia 730 DC), a la obliteración de las «partes pudendas» de los personajes de Miguel Ángel (Caprese, 1475-Roma, 1564) en la Capilla Sixtina (quizás, en rigor, un caso de *alteración),* pasando por la destrucción del patrimonio artístico francés como consecuencia de la decisión de la Asamblea Nacional francesa del 20 de junio de 1790[21], por las pinturas destruidas por los nazis a partir de

20. Un amplio listado puede encontrarse en Merryman, J. H. *et al.; op. cit.,* especialmente en el capítulo I, pp. 1 a 111.

21. Que llevó, por ejemplo, en 1793, a la destrucción de las veintiocho estatuas de los reyes de Judea e Israel colocadas en la «Galería del Rey», a lo largo de la fachada occidental de la Iglesia de Notre Dame de París y su venta a un empresario para ser usadas como material de construcción. (Las cabezas de veintiuna de las estatuas fueron encontradas

1937 por constituir *Entartete Kunst* («arte degenerado»), opuesto al «arte heroico» preconizado por el régimen hitlerista y hasta llegar a los Budas de Tamiyán, maravillosos ejemplos del arte escultórico greco-budista, destruidos por los talibanes en Afganistán en 2001, los ejemplos, lamentablemente, sobran[22].

Al lector argentino no escapará la reciente mutilación (¿o directamente *destrucción*?) del monumento a Cristóbal Colón en Buenos Aires, que estaba coronado por una escultura del navegante y de cuatro grupos escultóricos inspirados en *Medea,* de Eurípides, obra del italiano Arnoldo Zocchi (Florencia, 1862-Roma, 1940), de mármol de Carrara «de una calidad que hoy no existe en Italia»[23], sin tener en cuenta la trabazón y cementación de los bloques que lo componían. La destrucción fue justificada en la *necesidad de* reemplazar la figura de Colón, juzgado de genocida, por una obra de Omar Estela (Argentina, 1949), un escultor poco conocido, que representará a Juana Azurduy de Padilla, heroína de las luchas de la independencia argentina.

La destrucción por motivos psiquiátricos, como los ataques contra la «Piedad» de Miguel Ángel en el Vaticano el 21 de mayo de 1972, o contra el cuadro «Dos mujeres tahitianas» de Paul Gauguin (París, 1848-Atuona, Polinesia, 1903) en la National Gallery de Washington por considerarlo diabólico el 4 de abril de 2011. Seguramente debería agregarse a esta extraña clasificación la destrucción en Italia en 1995 de un cuadro representando a una dama con velo –explicada en el capítulo 10 de este ensayo– a raíz de que de dicha obra «emanaban influencias nefastas».

---

en 1977 y se encuentran ahora expuestas en el Museo de Cluny). Otro episodio semejante (descripto por Paolo Mieli en el *Corriere della Sera* el 22 de julio de 2014), ocurrió también en Francia, en abril de 1792, durante la guerra con Austria. El 24 de julio de ese año, el diputado Pierre-Joseph Cambon sugirió que, como la Guardia Nacional tenía cañones fundidos por Perrier, sería importante procurarse otros semejantes para el resto de los batallones. Propuso entonces «fundir las estatuas de los antiguos tiranos. Tenemos sólo un Enrique IV, pero tres Luis XIV...». Inmediatamente, la Asamblea declaró el estado de emergencia y el 11 de agosto de 1792 decretó que todas las estatuas existentes en las plazas de París fueran retiradas y sustituidas por otras en honor de la libertad. Así, las estatuas ecuestres en Place Vendôme y Place Louis XV, obras maestras de François Girardon y Edmé Bourchardon fueron destruidas. El diputado Jacques-Alexis Thurlot pidió a la Asamblea que las estatuas «fueran usadas en beneficio de la nación, transformadas en monedas o cañones...». Fue el momento más dramático para el patrimonio artístico del *Ancien Régime* dice Mieli.

22. Otro listado detallado, no sólo de obras destruidas como consecuencia de guerras y revoluciones, sino de obras robadas a raíz de conquistas o victorias bélicas puede encontrarse en el reciente trabajo de Romano, Sergio, *L'arte in guerra,* Skira, Milán, 2013 (84 pp.). El autor inicia su trabajo con la frase «*Oh arte, quanti delitti si commettono in tuo nome*» parafraseando a Mme. Roland.
23. Levinas, Gabriel, «Cristóbal Colón, víctima de la batalla cultural», *La Nación,* Buenos Aires, 16 de agosto de 2014, p. 33.

Quizás haya que incluir en esta lista de «destrucción o mutilación del arte por motivos psiquiátricos» numerosos casos inexplicables, que ocurren con desoladora frecuencia. La prensa italiana se ha hecho eco, poco tiempo atrás, de varios casos recientes ocurridos en ese país en un breve período: en enero de 1998, los integrantes de una gira estudiantil dañaron con sus lápices «La Giapponnaise» de Henri Matisse (Cateau Cambresis, Francia, 1869-Niza, 1954) y dos obras más expuestas en los Museos Capitolinos en Roma; el 31 de diciembre de 2010, como «festejo» de fin de año, la obra «Une maison» de Alberto Prosdocimi (Venecia, 1852-1925) expuesta en la plaza principal de Foligno fue dañada con líquido inflamable; en noviembre de 2013, un mural del artista Jim Avignon (Christian Reisz, Munich, 1966), considerado un representante del «art modeste», expuesto en Roma, fue rociado con pintura en aerosol y en septiembre de 2014, una obra de Gaetano Pesce (La Spezia, Italia, 1939) creada en 1969 para denunciar el antifeminismo y expuesta en el MAXXI de Roma, fue destruida a patadas[24].

La destrucción por motivos delictivos, como la quema de «Cabeza de arlequín», de Pablo Picasso (Málaga, 1881-Mougins, Francia, 1973); «El puente de Waterloo» y «El puente de Charing Cross» de Claude Monet (París, 1840-Giverny, 1926), «La lectora en blanco y amarillo» de Matisse, un autorretrato de Meyer de Haan (Ámsterdam, 1852-1895); «Mujer con los ojos cerrados» de Lucien Freud (Berlin, 1922-Londres 2011) y un Gauguin («Mujer ante una ventana abierta») que, en junio de 2007 la madre de Radu Dogaru arrojó al horno para ocultar el robo de la Colección Triton (de Willem y Maritje Cordia) durante los festejos del vigésimo aniversario del Kunsthall de Rótterdam y llevado a cabo por su hijo en octubre del año anterior[25].

En un segundo grupo, (que incluye los casos que son más relevantes a efectos de nuestro análisis) –y sin pretensión alguna de agotar los ejemplos ni de proponerlos en un orden cronológico– están *la destrucción a instancias de su propietario,* como la del retrato de Winston Churchill pintado en 1954 a pedido del Parlamento inglés por Graham Sutherland (Streatham, Inglaterra, 1903-Kent, 1980). El cuadro fue regalado al ex primer ministro británico en una ceremonia pública, pero nunca más se lo volvió a ver. Luego de la muerte de Churchill en 1965 se reveló que el cuadro había sido cortado y quemado por Clementina, su

24. Grattoggi, Sara «Sfregio al MAXXI; l'opera sulle donne sfondata a calci», *La Repubblica,* 21 de septiembre de 2014, p. 20.

25. El listado de obras destruidas y de los motivos para su destrucción no acaba aquí, por supuesto: faltan las referencias a las obras destruidas durante las guerras, o por error, (como los «grafitti» de Harald Nägeli –Zurich, 1939–, borrados por quien limpió la fachada de un edificio en Zurich porque no pensó que fueran obras de arte), a los iconoclastas, etc. *Véase* Julios, A. «Art Crimes» en McClean, *op. cit.,* p. 473. Un panorama más amplio es brindado por Gaboni, Darío, *The destruction of art: iconoclasm and vandalism since the French Revolution,* Reaktion Books, Londres, 2007.

mujer[26] por «discrepancias estéticas», por llamarlas de alguna manera acerca de la obra. Algunos juicios sobre la pintura en cuestión fueron extremadamente duros: «desagradable, grosera y terrible», según Lord Hailsham; «un estudio sobre el lumbago», para un parlamentario inglés[27]. Pero nunca se supo qué pensaba el propio Churchill sobre su retrato.

En el marco de otra reyerta familiar, el escritor Camilo José Cela, Premio Nobel de Literatura (Flavia, España, 1916-Madrid 2002), propietario de un cuadro de Joan Miró (Barcelona, 1893-Palma, 1983) lo rasgó y luego pidió a su mujer, Marina Castaño, «que lo zurciera». Para cerrar algunas cuentas pendientes con Camilo José Cela Conde, su hijo de un matrimonio anterior, el escritor «recreó y oficializó» el cuadro –que a la postre resultó falso– con una leyenda en su envés. Curiosamente, el valor del cuadro, de aproximadamente 100.000 euros antes de que fuera declarado falso, luego de ser «restaurado» por la mujer del escritor y de que le fuera estampada la firma del escritor al reverso, fue vendido por el hijo de éste en más de 200.000 euros[28].

Un caso similar de destrucción de la obra de arte por su propietario en ejercicio de sus derechos ha sido descripto recientemente por la profesora italiana Anna Foà, de la Universidad de La Sapienza, en Roma. Aunque dio lugar a la creación de otra obra de arte, de mayor valor pictórico que la destruida, *no había conexión física entre ambas (como sí ocurre en el caso de Landet):* «en 1493, Daniel Norsa, banquero judío nativo de Mantua, hizo borrar de la fachada de la casa que acababa de comprar una imagen de la Virgen María. No lo hizo a escondidas, sino abiertamente, y con el permiso previo del obispo y luego de haber pagado una contribución importante. Pero esto no bastó para protegerlo, porque tres años más tarde, para celebrar su victoria sobre Carlos VIII en la batalla de Fornovo, el marqués Francesco Gonzaga, en cumplimiento de una promesa, hizo confiscar y demoler la casa del banquero y construir allí la iglesia de Nuestra Señora de la Victoria. Más aún: el pobre Norsa fue obligado a erigir a su costa una capilla dentro de la iglesia y pagar el costo del retablo dedicado a Nuestra Señora, encargado por Gonzaga a Andrea Mantegna...»[29].

Otro caso atañe a Luis Wells (Argentina, 1939), escultor, pintor y arquitecto fundador del «Movimiento Informalista» en 1959. En 1964, construyó su primer

---

26. Michalos, Christina, «Murdering Art: Destruction of Art Works and Artists' Moral Rights» en Daniel McClean, *The trials of art,* Ridinghouse, Londres, 2007, p. 173. Una detallada narración de los hechos puede encontrarse también en Sax, Joseph, *Playing darts with a Rembrandt: public and private rights in cultural treasures,* The University of Michigan Press, 1999, p. 37.
27. Michalos, *loc. cit.*
28. Manresa, Andreu, «Marina Castaño pierde el pleito por la herencia de Cela», *El País,* Madrid, 8 de octubre de 1914, p. 28.
29. Foa, Andrea, *Andare per ghetti e giudecche,* Il Mulino, Milán, p. 109. Andrea Mantegna (Padua, 1431-Mantua, 1506) es uno de los pintores más distinguidos del Cuatrocientos italiano.

«Techo» en la casa del arquitecto Osvaldo Giesso (un departamento céntrico ubicado sobre la Avenida Santa Fe casi Avenida Callao, en Buenos Aires): una gran escultura multicolor adherida al cielorraso, con múltiples volúmenes. En 1970, la maqueta de uno de sus «Techos» fue adquirida por Alfred Barr (Nueva York, 1902-1981), primer director del Museo de Arte Moderno de Nueva York, para ser incluida en sus colecciones. Cuando la familia Giesso vendió su departamento, el comprador mantuvo el «Techo» en su lugar. Pero a raíz de una venta subsiguiente, el nuevo propietario ordenó quitarlo (para lo que hubo de ser desmantelado y destruido) y ponerlo a disposición de Manliba SA, a la sazón la empresa recolectora de residuos de la ciudad de Buenos Aires, para trasladarlo a un vaciadero. Años más tarde, Wells referiría irónicamente al autor de este ensayo que su primer «Techo» integraba «la colección Manliba».

Más recientemente, el 18 de julio de 2014, las autoridades del departamento francés de La Vendée destruyeron «por error» una escultura del artista cinético Carlos Cruz-Díez (Caracas, 1923) colocada desde 1972 al ingreso de un colegio de La Roche-sur-Yon, según informó ese mismo día *Ouest-France,* un periódico local. La obra estaba constituida por una columna metálica de seis metros de alto titulada «Colonne Chromointerférente» y, de acuerdo con *Ouest-France,* tendría un valor aproximado de 200.000 euros. En abril, el consejo departamental había decidido retirarla «por razones de seguridad», puesto que se encontraba «en mal estado», pero reconoció que se la podría haber conservado hasta evaluar la posibilidad de repararla. El consejo, seguramente sorprendido de la reacción negativa de los medios artísticos, aseguró que solicitará nuevas obras de arte para todos los colegios que se construyan en la región.

Pero Cruz-Díez expresó su malestar en una carta publicada el mismo 18 de julio por *Ouest-France,* titulada La insignificancia del arte: «El hombre conserva y ama lo que le es significante. Para los que ordenaron la destrucción de mi «Colonne Chromointerférente» emplazada en los jardines de Les Gondoliers, el arte no existe y ni siquiera tiene significación. De lo contrario, hace años hubieran emprendido su mantenimiento, porque toda obra, como el cuerpo humano, necesita constante mantenimiento. Lo grave es que esa obra ya no me pertenece ni es de ellos, es de la colectividad. La obra de un artista integrada al sitio de trabajo o al entorno, es para la gente referencia de lo vivido, parte de su historia personal. Al destruirla se han olvidado de la gente. Nunca pensé que en un país considerado culto y amante de las artes tuviera lugar semejante hecho»[30].

Los argumentos del dolorido Cruz-Díez (que, entre otras distinciones, recibió en 2012 la Legión de Honor) son relevantes con relación a ciertas teorías sobre la propiedad colectiva del arte que se verán más adelante.

30. Información de la agencia EFE; véase *http://www.artishock.cl/2014/07/destruyen-en-francia-obra-de-carlos-cruz-diez/#comments.*

Hay también destrucciones «misteriosas», como las de los frescos de Pietro Gaudenzi (Génova, 1880-Roma, 1955) pintados en 1939 y que por años se creyó que estaban ocultos tras unos cortinados en el Castillo de los Caballeros en Rodas, en Grecia. Cuando los organizadores de una muestra retrospectiva del artista que se llevaría a cabo en Milán a partir de octubre de 2014 viajaron a revisar los murales (ocultos a la vista del público desde hacía más de cincuenta años) descubrieron que las paredes respectivas habían sido «picadas» a martillo y de los frescos no quedaban rastros. A pesar de tratarse de un edificio público, no hay documento alguno que avale la realización de semejante tarea (que, forzosamente, debe haber sido llevada a cabo por empleados gubernamentales). Quince días antes del comienzo de la exposición, el nombre de la muestra («Los frescos ocultos del Castillo de los Caballeros de Rodas») debió ser sustituido por «Los frescos desaparecidos» y en su lugar serán expuestos los bocetos preparatorios[31].

Finalmente, dentro de este breve listado de obras destruidas o mutiladas por sus respectivos propietarios, cabe mencionar el mural que Diego Rivera (Guanajuato, 1886-México 1957) pintó en 1932 en el Edificio RCA del Rockefeller Center de Nueva York, a instancias de sus propietarios. A pesar de que los Rockefeller sabían a qué se exponían (pues las ideas de Rivera eran notorias y ya había ridiculizado a sus comitentes en un mural anterior), el mural fue terminado. Pero cuando ciertos comentarios periodísticos hicieron referencia a la contradicción de que Nelson Rockefeller, uno de los comitentes, efectuaba propaganda comunista por medio de los murales de uno de sus edificios (en el que aparecía la imagen de Vladimir Lenin), el mural fue cubierto con tablas y en febrero de 1934 fue destruido (después de ser rechazado por el Museo de Arte Moderno de Nueva York). La eliminación del mural de Rivera produjo también la destrucción de otro, obra de David Alfaro Siqueiros (Chihuahua, 1896-Cuernavaca, 1974) pintado en el Plaza Art Center de Los Ángeles[32].

La destrucción a manos del propio artista, como el caso de la artista «pop» Marta Minujin (Buenos Aires, 1941) quien, seguramente inspirada en la exposición «Arte destructivo» que tuvo lugar en Buenos Aires en 1961 y las ideas expuestas en el catálogo respectivo por el crítico Aldo Pellegrini («la destrucción pertenece para el artista al orden supremo de libertad»)[33], dio fuego a toda su obra en París el 6 de junio de 1962[34].

Georges Rouault (París, 1871-1958) había hecho lo mismo, cuando quemó trescientas quince obras suyas[35]. Y según narra el escritor Desmond Morris (Pur-

31. Colonnelli, Lauretta, «Quegli affreschi distrutti», *Corriere della Sera,* 14 de septiembre de 2014.
32. Sax, *op. cit.,* pp. 13 y ss.
33. Giunta, Andrea, *op. cit.,* p. 22
34. Malba – Fundación Costantini, «Marta Minujin», catálogo de la exposición «Obras 1959-1989», p. 22 y ss.
35. Sax, *op. cit.,* p. 43.

ton, Inglaterra, 1928), su amigo Francis Bacon (Dublín, 1909-Madrid 1992) durante su vida destruyó cientos de sus obras con un cortaplumas[36]. Pero téngase presente que, en estos casos, más allá de que sea el propio artista quien destruye su obra, éste es, al mismo tiempo, *su propietario.*

Finalmente los casos más relevantes a los efectos del tema de este trabajo son los de *destrucción o mutilación de la obra de arte por otro artista,* para «construir» o «crear» sobre ella. Y éste es, en concreto, el núcleo de lo que nos proponemos analizar a lo largo de estas páginas: el caso del artista que destruye o mutila la obra de otro para crear la suya.

Por ejemplo: el mayor motivo de fama del *performance artist* Pierre Pinoncelli (Saint-Étienne, 1929) es haber dañado a golpes de martillo dos de los ocho ejemplares existentes de «Fountain», el urinal de Marcel Duchamp (Blainville, Francia, 1887-Neuilly, 1968), con el argumento de que la obra «había perdido su valor provocativo» y que él, como artista, podía nuevamente cuestionar (como lo hizo Duchamp en su momento) qué debía entenderse por arte. La primera destrucción de urinales a manos de Pinoncelli ocurrió el 25 de agosto de 1993 en Nîmes y la segunda en el Centro Pompidou en París el 4 de enero de 2006[37]. Debe tenerse presente que, en este caso, Pinoncelli *no era el propietario de la obra que dañó.*

Otro caso es el de los hermanos Konstantinos («Dinos») y Iakovos («Jake») Chapman (Cheltenham y Londres, 1962 y 1966, respectivamente), los *enfants terribles* de Britart[38] y ganadores del Premio Turner en 2003, que en 2008 utilizaron supuestas acuarelas de Adolfo Hitler[39] como base para su trabajo conjunto (con el argumento de «embellecerlas»).

Entre abril y junio de 2003 los hermanos Chapman adquirieron una de las pocas, excelentes y escasísimas series existentes de los ochenta grabados de «Desastres de la guerra» de Francisco de Goya (Fuendetodos, España, 1746-Bordeaux, 1828), para desfigurarlas, con el título de «*Insult to injury*». Al respecto, la crítica especializada dijo «¡Pobre Goya! Durante su vida tuvo que soportar la sordera, la inquisición y al duque de Wellington. Ahora tiene que lidiar con Jake y Dinos Chapman...».

---

36. Foschini, Paolo, «Desmond Morris: se crea la scimmia non è una scimmia», *Corriere della Sera,* 20 de octubre de 2014, p. 22.
37. Véase el artículo de Alan Riding en el *New York Times* del 7 de enero de 2006, donde equipara al artista conceptual con un vándalo en *http://www.nytimes.com/2006/01/07/arts/design/07duch.html?_r=2&*.
38. Britart o Brit Artists o Young British Artists es un grupo de jóvenes artistas contemporáneos provenientes del Reino Unido, surgidos a la fama a partir de una serie de exposiciones realizada en la Galería Saatchi a partir de 1992. El más conocido de ellos es Damien Hirst (Bristol, Inglaterra, 1965). El grupo Britart se destaca por su uso de materiales inusuales (incluyendo animales, huesos humanos, etc.).
39. Dejamos a salvo la opinión de quienes consideren que Hitler no era, precisamente, «un artista».

Los dos artistas recurrieron al uso y mutilación de los grabados del pintor español, «para rectificarlos: reemplazamos las cabezas de todos los personajes (víctimas de las guerras) por cabezas de payasos y perros». Obviamente, hubo quien los calificó de vándalos[40]. Jonathan Jones, crítico de arte de *The Guardian* dijo «destruir una obra de arte es algo genuinamente desagradable, insano y desviado»[41]. *En este caso, los hermanos Chapman eran propietarios de las obras destruidas.*

Otro caso, que se menciona en detalle más adelante en este trabajo, es la destrucción de una obra de Bernard Buffet (París, 1928-Tourtour, Francia, 1999) por el pintor danés Haag Fersing, ocurrido en 1958. (Véase el capítulo 10).

Finalmente, cabe señalar «Dibujo de de Kooning borrado» («*Erased de Kooning Drawing*»), una obra de Robert Rauschenberg (Porth Arthur, Texas, Estados Unidos, 1925-Captiva Island, 2008) producto de borrar meticulosamente, durante todo un mes en 1953, un dibujo de Willem de Kooning (Rotterdam, 1904-Long Island, 1997) que éste había entregado voluntariamente a Rauschenberg[42].

El caso de Landet se inscribe en esta última categoría: la mutilación o destrucción de la obra de arte no se lleva a cabo por razones ideológicas, religiosas o políticas, sino como parte de un proceso de elaboración de una **nueva obra, a partir de la destrucción o mutilación de la creación de un artista conocido, desconocido o anónimo, por parte de otro artista, *que además es propietario de la obra que destruye...***

Pero debemos tomar en cuenta, sin querer efectuar disquisiciones bizantinas, que el caso de Landet se distingue, también, de los mencionados en el último grupo porque, al trabajar, por lo general, sobre la obra de artistas prácticamente desconocidos, *la personalidad, los antecedentes o la trayectoria de aquellos cuya obra destruye (para reutilizarla en la propia) no agregan connotación alguna a la obra resultante.*

Tampoco sabe Landet si los artistas cuya obra utiliza están vivos o no; en los casos de destrucción de obras de Duchamp o Goya mencionados más arriba, aquél

40. Ésta no ha sido la única ocasión en la que los hermanos Chapman han dado lugar a sonoras polémicas. Al tiempo de escribirse este trabajo, habían vuelto a conquistar las primeras planas de los diarios europeos al sostener que «los padres no deben perder el tiempo llevando a sus hijos a los museos. Es mejor dejarlos en casa. Son unos arrogantes si piensan que sus hijos van a entender a artistas como Jackson Pollock o Mark Rothko». Quizás sus palabras puedan explicarse a partir de su reciente obra «Death», que representa a una joven pareja en activas prácticas sexuales. (*Corriere della Sera,* 5 de agosto de 2014, p. 19).
41. *www.theguardian.com/culture/2003/mar/31/arts/features.turnerprize2003.*
42. Téngase presente que, como se dijo, este último caso merece distinguirse de los otros ejemplos no sólo por cuanto de Kooning había *regalado* su obra a Rauschenberg y porque el artista «borrado» estaba vivo al momento de la destrucción de su obra, sino porque de Kooning sabía que Rauschenberg la borraría (Rivero, Luis: «El arte contra el arte: creación desde la destrucción» en *http://elartecontraelarte.blogspot.com.ar/2011/09/erased-de-kooning-drawing.html*). Puede verse también Yu, Meter, K., «Moral rights 2.0» en *Landmark Intellectual Property Cases and their Legacy* (Christopher Heath y Anselm Kamperman Sanders, editors; Kluwer Law International, Holanda, 2011, pp. 13 y ss.

cuya obra era destruida había ya fallecido. En el caso del de Kooning destruido por Rauschenberg, el artista inicial había *consentido* la destrucción de su obra.

No se trata de la destrucción de una obra icónica referida al sentido del arte (como el caso de «Fountain», la obra de Marcel Duchamp) o del trabajo de un artista mayúsculo (como Goya) para insistir o ahondar en la propia temática de la obra (añadiendo «insulto a la injuria», como lo proclamaba el propio título de la muestra en la que los grabados desfigurados fueron exhibidos) o de alterar o destruir la producción de un ser humano detestable (como las acuarelas de Hitler): por el momento, Landet efectúa una nueva creación a partir de la destrucción o mutilación del trabajo del pintor de fin de semana, de la obra del artista *pompier* intrascendente, ingenuo, seguramente académico, puramente decorativo, seguramente mediocre. Aunque, como él mismo lo ha dicho, no desdeñaría «trabajar» sobre una obra de Picasso...

En otras palabras, Landet parte de la obra de otro pintor, a quien seguramente ni él ni el espectador conocen, y la destruye o mutila para incluir, en todo o en parte, sus fragmentos en una nueva obra de arte firmada con su nombre y a la que da un nuevo significado (o, quizás, un «significado» por primera vez).

Y es a partir de este punto que se plantea el conflicto entre lo que hace Landet con los llamados **derechos morales del artista,** cuyo análisis efectuaremos a continuación, porque sospechamos que la técnica o *modus operandi* de ese joven artista argentino podría enfrentar serias objeciones legales, si alguno de los pintores cuyas obras fueron «resignificadas» por Landet planteara la cuestión del daño sufrido por sus derechos morales.

6. LAS REGLAS DE JUEGO: LOS DERECHOS MORALES

Antes de adentrarnos en el tema, una acotación preliminar: «*No debe sorprendernos que los derechos morales sean un tema favorito de los doctrinarios, y que los artículos sobre el tema superen, por lejos, los casos en los que los derechos morales están involucrados*»[43].

Las normas tradicionales sobre derecho de autor estuvieron generalmente centradas en la protección del artista contra la copia o reproducción no autorizada de su obra y en las consecuencias *patrimoniales* de las infracciones a esa protección otorgada por la ley[44].

---

43. Robinson, Christopher, «The "recognized stature" standard in the Visual Artists Rights Act», 68 *Fordham Law Review* 1935 (2000). El artículo está disponible en *http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol68/iss5/15*.
44. Una sencilla explicación del alcance inicial del derecho de autor y del copyright puede encontrarse en Fernández Delpech, *Manual de los derechos de autor,* Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 15.

Merryman, Elsen y Urice lo explican de este modo: «Existe una interesante diferencia teórica entre los derechos de los artistas en los países de derecho civil y los Estados Unidos. En el mundo del derecho civil los derechos morales y el copyright son percibidos como derechos naturales o inherentes a los creadores (artistas) sobre lo producido por sus esfuerzos creativos, y el término genérico para estos derechos es llamado "derechos de autor". El énfasis está puesto en los derechos individuales (de los creadores). En el derecho estadounidense, la posición básica es que el copyright es conferido a los creadores por la Constitución y las leyes con fines públicos: "para promover el progreso de las ciencias y las artes útiles". El enfoque del derecho civil enfatiza la protección de los derechos inherentes al autor; el sistema estadounidense promueve la industria. Como lo ha notado un escritor: "el sistema estadounidense es más socialista y el francés está más basado en el derecho de propiedad". Aunque esta definición pueda ser fácilmente llevada demasiado lejos, ayuda a entender algunas de las diferencias entre los derechos de los artistas en los Estados Unidos y en Europa (y en aquellas otras partes del mundo que siguen el modelo del derecho civil [continental])»[45].

Como dice Redmond-Cooper, las normas tradicionales sobre derechos de autor «no tomaban en cuenta el apego íntimo y emocional entre el artista y su obra»[46]. Musso, desde una perspectiva italiana, dice al respecto: «El particular vínculo subsistente entre la personalidad del autor y la adquisición del derecho sobre la obra propia –equiparable a una suerte de filiación intelectual– justifica, desde los tiempos más antiguos, el reconocimiento *moral* de una paternidad tutelada contra la usurpación por terceros, con la consiguiente condena del plagio sobre el plano ético aun antes que sobre el plano estrictamente jurídico; en efecto, sobre todo desde el Iluminismo, tal atribución moral había recibido no sólo una vestidura de derecho positivo sino que era incluida además entre las más específicas manifestaciones del derecho natural, como lo demuestra su inclusión aun en ordenamientos de matriz comunista o extraeuropea...»[47].

Quienes reconocen la existencia de derechos morales, según Sax, entienden que el artista mantiene un interés *permanente* en su obra, aún después de haberla vendido, de modo tal de proteger la integridad de la reputación del artista. La deformación de su obra presenta al artista ante el público como creador de algo que no le es propio y de ese modo lo somete a críticas por una obra que no ha realizado[48]. *A fortiori,* agregamos nosotros, tolerar la destrucción de la obra (y no ya su mutilación) lo somete públicamente a una falta de respeto y de consideración por el fruto de su inspiración.

---

45. Merryman *el al., op. cit.,* p. 421.
46. Redmond-Cooper, Ruth «Moral rights» en *Dear images: art, copyright and culture,* Daniel McClean y Karsten Schubert, editores Ridinghouse, Londres, 2002, p. 69.
47. Musso, Alberto, *op. cit.,* p. 144.
48. Sax, *op. cit.,* p. 21.

Esa prolongación de la personalidad del artista en su obra originó (primero en Francia y luego en otros países de derecho continental) una protección más amplia que la meramente patrimonial en su favor, a través de la recepción conceptual de los derechos morales.

Dice Liemer, explicando su nacimiento y desarrollo, que «en el siglo XIX y a comienzos del XX en Europa, surgió un conjunto de derechos, distintos del copyright, para proteger los esfuerzos creativos de los artistas. Los franceses, líderes reconocidos en esta área del derecho, llaman generalmente a éstos "derechos morales" [...]. En este contexto, "*moral*" no es el opuesto de *inmoral* o tan siquiera de *amoral*. El término simplemente transmite un elemento ético o de interés social. Hoy, esos derechos están bien enraizados en algunos sistemas legales europeos, y reflejan el alto valor que esas culturas otorgan al arte»[49].

Como se verá más adelante, inicialmente fueron una creación pretoriana, para ser receptados legislativamente en Francia recién con la ley del 11 de marzo de 1957, que en su artículo 1 reza: «*el autor de una obra del espíritu goza, en esa obra, por la mera virtud de su creación, un derecho de propiedad incorpóreo, exclusivo y oponible a terceros...*». Se reconoció de ese modo el derecho del artista a controlar el modo o forma en que su obra era exhibida, a proteger la identidad correcta de quien era señalado como su autor, (evitando tanto que el artista fuera ignorado como que le fuera atribuida una obra que no le era propia); a evitar posibles daños a la integridad de la obra, etc. El conjunto de esos derechos, atribuidos al artista *a título personal,* son conocidos como *los derechos morales.*

No se trata, en rigor, de la existencia independiente, dentro de los derechos intelectuales, de derechos *morales* como opuestos a otros, distintos, *patrimoniales,* pues como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia, el *ius in re intellectuali* es un único derecho con fundamentos a la vez patrimoniales y extrapatrimoniales[50]. «Ese derecho único muestra un aspecto material o patrimonial que acuerda al autor la facultad de obtener y exigir el disfrute de las utilidades económicas de su obra, *y otro aspecto extrapatrimonial o «moral» que se traduce en el derecho a ser reconocido como el autor de la obra y que se respete la integridad y fidelidad de ésta*»[51].

---

49. Liemer, Susan, «Understanding artists' moral rights: a primer», en 7 *Boston University Public Interest Law Journal* 41, invierno 1998.
50. Una explicación detallada acerca de la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales puede encontrarse en Emery, *op. cit.,* p. 4. La coexistencia de dos «aspectos» en el derecho del autor sobre su obra tiene, en la Argentina, respaldo jurisprudencial (*in re* «San Martín, M.», TSJ Córdoba (2001), *LLC* 2001:1003.
51. En la jurisprudencia argentina, *in re* «Casiraghi c. Gobierno de La Rioja» (CS, 1989) y nota de Villalba, C.: «Imprescriptibilidad de la autoría y prescriptibilidad del daño», *ED* 138:330, esp. p. 331; «Lazaridis c. Editorial Perfil SA», CNCiv. (A), 1985; con nota de Villalba, C. y Lipszyc, D., «Derecho de los autores de obras fotográficas...»; en particular, su capítulo II con referencia a la definición de «derechos morales» del «Glosario OMPI» (voz 158). *ED* 121:648.

Como se dijo, la legislación francesa al respecto no receptó los derechos morales sino hasta 1957, con la sanción de la ley del 11 de marzo de ese año[52]. Con posterioridad se los incluyó en la normativa actualmente vigente en la materia, el Código de la Propiedad Intelectual[53].

El artículo 121-1 del Código mencionado[54] en lo que nos interesa, dice que «el artista goza de derechos con respecto a su nombre, a su calidad y a su obra. Ese derecho es atinente a su persona. Es perpetuo, inalienable e imprescriptible...»[55].

Según la doctrina, los derechos morales del artista incluyen «*le droit de divulgation*» (esto es, el derecho a divulgar o no la existencia y la paternidad de la obra), «*le droit de rétrait ou de répentir*» (o sea el derecho a retirarla de circulación), «*le droit au respect du nom*» (también llamado «*droit à la paternité*») –esto es, el derecho a ser reconocido como autor– y el «*droit au respect de l'œuvre*»: ***el derecho a la integridad de la obra.*** Éste último es el que nos interesa a propósito de este trabajo[56].

A raíz de la notable influencia francesa, no sólo en el terreno legislativo sino también en el artístico, la existencia y reconocimiento de los derechos morales obtuvieron recepción en la legislación de numerosos países. En algunos casos (como

52. Artículos 6, 19 y 32 de la Ley 57-298 de Propiedad Artística y Literaria.
53. Para un análisis detallado del desarrollo de los derechos morales en Francia, su naturaleza jurídica y los modos de su ejercicio, véase el trabajo de Fouilland, F., *Le droit moral de l'auteur en droit français,* Université Jean Moulin – Lyon III, 2003, que puede ser consultado en *http://www.glose.org/mem016-htm.htm.* También Teilmann, Stina, *Justifications for copyright: the evolution of* ***le droit moral***», que se puede ubicar en *www.copyright.bkk.ac.uk.*
54. Texto según la Ley 92-597 (1992-07-01) anexo del Diario Oficial de la República Francesa del 3 de julio de 1992. Se lo puede consultar en *http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7F8CE0F4C16304B6340088B020EB07F3.tpdjo06v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006161636&cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20140610.*
55. Hay quienes agregan a estos caracteres el de la irrenunciabilidad. En contra, Emery, *op. cit.,* p. 81.
56. Existen otros derechos que suelen ser incluidos entre los derechos morales del artista, como el «derecho al inédito», asimilado por parte de la doctrina con el derecho a la divulgación (Vibes, Federico, «Propiedad intelectual de las obras artísticas creadas por encargo», en *Cuadernos de Propiedad Intelectual,* I-2004, p. 249) o el muy controvertido *droit de suite,* que incluye características morales y patrimoniales, pero cuyo análisis excede los límites de este trabajo. (Véase Rhodes, Anne Marie, *Art Law and Transactions,* Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, Estados Unidos, 2011, esp. p. 240). También hemos dejado de lado el análisis de las teorías que atribuyen a Hegel y a Locke la distinta naturaleza del derecho de autor como inclusivo de derechos morales y la del mero copyright. Al respecto, véase Spector, Horacio, «Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial» en AA.VV., *Derechos intelectuales,* Astrea, Buenos Aires, 1988, 3:23.

en la Argentina), de manera asistemática[57] o inarmónica[58]; en otros (como España o Italia), de modo más orgánico[59].

Entre los países de lengua española que reconocen el derecho a la integridad se encuentran, como ya se mencionara, la Argentina; Chile (bajo la ley de propiedad intelectual 17336 de 1970); Colombia (artículo 49 de la Ley de Derechos de Autor de 1946); Costa Rica (artículos 19 y 28 del decreto 40 de 1896 modificado en 1948); Cuba (artículo 4 de la Ley de Derechos de Autor de 1977); Ecuador (artículo 17 de la Ley de Derechos de Autor 610 de 1976); El Salvador (artículo 5, Ley de Derechos de Autor –decreto 376/1963–); Panamá (artículos 1901 y 1904 del Código Administrativo de 1916); Perú (artículos 32 a 34 de la Ley de Derechos de Autor 13714 de 1916), etc.[60].

Sin embargo, no debe pensarse que los derechos morales tienen, en todos los países de derecho continental, idéntica protección y similar alcance.

Rigamonti[61] ha explicado (analizando el caso de Suiza) cómo existen significativas diferencias conceptuales en la protección de los derechos morales aún entre los países de derecho continental, y que no debe asumirse como verdad revelada que todos ellos han adherido siempre a la ortodoxia al respecto. Para este autor, el caso suizo permite demostrar, con gran claridad, cómo sistemas legales diferentes que comparten idénticas tradiciones jurídicas, filosóficas e intelectuales no desarrollaron necesariamente las mismas soluciones para enfrentar cuestiones legales particulares: «hasta 1992, cuando la nueva ley suiza sobre copyright fue sancionada, el derecho helvético no contenía ninguna disposición sobre derechos morales similar a aquellas incluidas en las leyes sobre derechos de autor de Francia y Alemania, a pesar de que Suiza era un país de derecho napoleónico con una tradición legal fuertemente influenciada por los derechos francés y alemán».

---

57. Emery, M. A., *Propiedad intelectual,* Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 78; Villalba, C. y Lipszyc, D., *El derecho de autor en la Argentina,* La Ley, 2001, p. 86, para quienes los derechos morales en la legislación argentina «no tienen un desarrollo orgánico». En el mismo sentido, Villalba Díaz habla de «carencia de precisión normativa» en el derecho argentino, dado que la tutela de la integridad encuentra su basamento normativo en normas dispersas de la ley de derechos de autor, y sin una clara definición. (Villalba Díaz, «¿Quién puede restaurar una obra original?: los derechos morales y patrimoniales del autor de una obra pictórica», *el Dial.com,* DC15DF, 30 de mayo de 2011.
58. Fernández Delpech, *op. cit.,* p. 53.
59. Para España, conf. el Real Decreto Legislativo 1/1996, del 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y, en particular, su artículo 14 (LPI/1996). Puede consultarse en *http://civil.udg.es/normacivil/estatal/reals/lpi.html.* En el caso de Italia, véase el artículo 2577 del Código Civil (Musso, *loc. cit.*).
60. Rosental Kwall, R., «Copyright and the moral right: is an American marriage possible?», 38 *Vanderbilt Law Review* 1 (enero de 1985).
61. Rigamonti, Cyrill, «Deconstructing moral rights», 47 *Harvard Law Journal* 353 (2006), pp. 353 y ss.

No obstante, no caben dudas de que el derecho suizo protegía los derechos morales desde mucho antes de 1992, y se lo hizo sobre la base de una construcción doctrinal conocida en la teoría jurídica continental como «derechos generales de la personalidad»[62] [...] «cuya característica principal es que su objeto está tan estrechamente vinculado con la persona que se los considera parte del patrimonio inalienable de esa persona, en un fuerte contraste con los derechos de propiedad y contractuales».

Pero más allá del grado de detalle, prolijidad y sistematización con el que los países de derecho continental incorporaron los derechos morales a sus respectivas legislaciones (y no obstante el gran paso adelante en materia de su universalización que significó su incorporación a la Convención de Berna –como se verá a continuación–) hay quienes no las tienen todas consigo con respecto a esos derechos.

Así, sin demasiados pruritos, la profesora Amy Adler, de la Universidad de Nueva York, tituló «En contra de los derechos morales» un sólido artículo de doctrina en el que desarrolló una larga, virulenta y contundente serie de argumentos en contra de los derechos morales[63].

El párrafo inicial del trabajo de la Profesora Adler, no sin cierta ironía, es representativo de su manera de pensar: «normalmente, cuando alguien compra algo, puede hacer lo que quiera con eso. Si alguien compra una silla, o un vestido, o un auto, se lo puede alterar, embellecer, descuidar, abusar, destruir o arrojarlo a la basura. Pero si se compra una obra de arte, la libertad de hacer lo que se quiera con ese objeto –propiedad del comprador– se ve severamente limitada. Esto es porque los artistas tienen especiales y poderosos derechos, llamados "derechos morales" distintos a los de los creadores de otros objetos. Los derechos morales permiten a los artistas controlar lo que uno hace con su obra de arte, aún después de que nos la hayan vendido, y aún si uno no tiene una relación contractual con el artista. [...] La doctrina de los derechos morales es sorprendente en su uniformidad. *Los juristas consideran casi como parte de las Sagradas Escrituras que los derechos morales son cruciales para que el arte florezca y que, para colmo, necesitamos aún una doctrina sobre los derechos morales todavía más robusta.* [...] *Al recorrer la reiterativa doctrina sobre el tema en las revistas jurídicas, no se demora mucho en entender el mensaje implícito: si uno no apoya los derechos morales, es un filisteo que no entiende la santidad del arte*».

El choque entre quienes favorecían la adopción generalizada de los derechos morales en el mundo entero (a través de la Convención de Berna, que será tema del próximo capítulo) y de quienes, fundados en la filosofía prevaleciente en el

62. Que en la Argentina llamaríamos «derechos personalísimos» (Véase Navarro Floria, Juan G., «Los derechos personalísimos» disponible en *http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalisimos-navarro-floria.pdf.*

63. Adler, Amy «Against moral rights», en 97 *California Law Review* 263 (2009), pp. 263 y ss.

mundo jurídico anglosajón, se opusieron a su incorporación fue evidente, sobre todo, en los Estados Unidos. Para el momento que ese choque ocurrió, ese país se había transformado en uno de los principales mercados de arte del mundo.

7. LA CONVENCIÓN DE BERNA

La consagración internacional de los derechos morales del artista ocurrió con la incorporación del artículo 6 *bis* a la Convención de Berna. Ésta, concluida en 1886, otorgó un amplio reconocimiento y protección internacional al derecho de autor. Sucesivas revisiones y complementos han mantenido a la Convención de Berna (y a la unión de estados creada a su amparo) como la piedra basal del sistema internacional de protección a la obra artística e intelectual.

Desde 1928 hubo propuestas para incluir en el convenio mencionado referencias expresas y operativas a los derechos morales[64], lo que finalmente se concretó con la inserción del artículo mencionado al texto convencional en París en 1971. En la Argentina, la Convención forma parte del derecho interno desde 1967, con la sanción de la ley 17251; la adhesión al artículo 6 *bis* entró en vigencia el 19 de febrero de 2000[65]. En el caso de España, desde el 10 de octubre de 1974[66].

El artículo 6 *bis* mencionado dice, en su inciso primero (que, si bien no es el único, es el relevante a los efectos de este estudio): «Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, **el autor conservará el derecho** de reivindicar la paternidad de la obra y **de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación**».

Nótese que, en rigor, y como ya hemos señalado, ni el artículo 6 *bis* ni ninguna otra disposición de la Convención de Berna se refiere explícitamente a la *destrucción completa* de la obra de arte, sobre la base de que la reputación y el honor de un artista no pueden verse afectados como consecuencia de una obra inexistente. Musso, en esa línea, critica lo que él llama una «interpretación garantista» según la cual la destrucción del único ejemplar de una obra de arte puede, *per se*, revestir los extremos de la lesión a la integridad. Califica también de «criticable teoría» aquella según la cual el derecho a la integridad tutelaría la expresión en sí, y no la reputación o el honor del artista, llevando así a considerar ilícitas aun las modificaciones de levísima entidad[67]. Sin embargo, existen precedentes jurispru-

64. Conf. Villalba y Lipszyc, *loc. cit.*
65. Conf. *http://www.wipo.int/treaties/es/remarks.jsp?cnty_id=906C.*
66. Conf. *http://www.wipo.int/treaties/es/remarks.jsp?cnty_id=1027C.*
67. Musso, *op. cit.,* p. 174, esp. notas 4 y 5.

denciales en contrario[68]. Nótese también, como ya lo señaláramos al referirnos al propósito de este ensayo, que la figura del artista (*y no la de la obra)* aparece como el *deus ex machina* de la protección.

A raíz de la coexistencia de disposiciones de derecho local y de convenciones como la de Berna (y otras que la incorporan como referencia), la extensión de los derechos morales no es idéntica en todos los países[69]. Hay varias razones para ello: en primer lugar, la existencia de jurisdicciones (como Francia) donde el alcance y la extensión de la protección de los derechos morales es mayor según la ley local (y de mayor antigüedad) que bajo la Convención de Berna; en segundo lugar, la situación de países donde los derechos morales no fueron reconocidos (como los Estados Unidos, y, en general, los países cuyo derecho es de origen anglosajón) hasta la respectiva adopción de la Convención; y, en tercer lugar, la libertad que otorga el artículo 19 de la Convención para aplicar «disposiciones más amplias que pudieran ser establecidas por la legislación de un país de la Unión».

Es por ello que hay países cuya legislación doméstica otorga una protección mayor a la descripta por el artículo 6 *bis* de la Convención de Berna; otros que extienden la validez de los derechos morales a la vida del artista, o la limitan al plazo generalmente acordado a los derechos de autor, o la otorgan indefinidamente; aún hay otros que la brindan sólo a cierto tipo de artistas (como a los creadores de obras de artes visuales únicamente). También, como vimos, hay dificultades conceptuales acerca del significado de los conceptos de «integridad» y «destrucción» de la obra de arte, sobre los que volveremos más adelante.

Pero no se crea que la incorporación de los derechos morales a la Convención de Berna fue unánimemente percibida, a lo largo y ancho del mundo, como un gran paso adelante en materia jurídica. En los países anglosajones, como se verá más adelante, y por las razones que se explicaron en capítulos anteriores, ese proceso de incorporación de los derechos morales no fue ni sencillo ni completo.

---

68. A favor: Robinson, *op. cit.,* p. 1940. En el mismo sentido opinan Lerner y Bresler, *op. cit.,* II:1255, con cita de Damich: «Moral rights protection and resale royalties for visual art in the United States», 12 *Cardozo Arts* & *Entertainment Law Journal* 387 (1994), sin dejar de reconocer que la solución legislativa estadounidense es diferente. En contra, «Ente autonomo "La Biennale" di Venezia c. de Chirico», *Foro Italiano* I:717 (1955), citado por Merryman *et al., op. cit.,* p. 429. También en *Diritto di Autori* 220, 50 *Revista di Diritto Commerciale* 128, *cit.* por Yonover, G., «The "dissing" of Da Vinci: the imaginary case of Leonardo v. Duchamp: moral rights, parody and fair use», 29 *Valparaiso University Law Review*, 948.

69. Por ejemplo, Vibes (*op. cit.,* p. 249) objeta que los derechos morales sean irrenunciables. En el mismo sentido, Emery, *op. cit.,* p. 81.

8. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA DE ARTE

Entre los derechos morales, el derecho a la integridad de la obra es el que nos preocupa ante la actitud de Landet. En efecto, según la doctrina estadounidense (cuando intenta explicar la naturaleza de los derechos morales a quienes son parte de un sistema legal que los desconoce), «el derecho a la integridad protege la integridad de la obra de arte en sí misma, e, indirectamente, el proceso creativo y la reputación del artista [...] e impide a cualquier persona modificar la obra de arte sin el permiso del artista. [Éste] mantiene este derecho ***aún después de haber transferido la propiedad de la obra de arte a un tercero.*** Así, el nuevo propietario debe preguntar al artista antes de introducirle cambios. El artista retiene el control artístico sobre su propia expresión creativa. También mantiene el control sobre el proceso creativo, puesto que, una vez completado, no puede ser reiniciado sin su permiso. Cualquier modificación que ocurra tendrá que contar con su aprobación. La integridad de la obra permanece intacta, así como el modo en que el artista proyecta algo personal de sí mismo al mundo»[70].

Como ocurre con los restantes derechos morales, y tal como se acaba de mencionar, el artista conserva el derecho a la integridad *aún cuando haya transferido el dominio jurídico (la propiedad) sobre la obra de arte a un tercero.*

Liemer[71] ilustra así la situación (aunque debemos advertir al lector de que este autor trata de influir sobre la doctrina estadounidense acerca de la conveniencia de adoptar el concepto de los derechos morales): «Para entender mejor el potencial daño generado cuando la integridad de una obra de arte se ve comprometida, supongamos, por ejemplo, que usted realiza una pequeña escultura abstracta de terracota y metal de descarte, preservando la coloración natural de los materiales. Los colores pueden influenciar significativamente el "temperamento" de la obra y su énfasis acerca de la naturaleza de los materiales utilizados. Luego supongamos que usted decide obsequiar la escultura a un amigo, con la esperanza de que la considere como un regalo significativo, que incorpora su personal esfuerzo artístico. Pero su amigo considera los colores demasiado mortecinos para la mesa de café de su casa y pinta toda la obra de un brillante color violeta. La primera vez que usted ve la escultura repintada, puede sentirse como quien recibe una bofetada en la cara. Sus decisiones artísticas personales no fueron respetadas. Hasta pueden haber sido malentendidas y trivializadas. En cierto sentido, usted tampoco ha sido respetado y ha sido malinterpretado y trivializado. El resultado de su esfuerzo creativo ha sido modificado para alegrar la mesa de café de un tercero. No tiene importancia que usted haya querido que su obra tuviera un temperamento sombrío, o que mostrara sutiles variaciones de color, texturas superficiales y los distintos efectos de la luz, o que incluso

70. Liemer, *loc. cit.*
71. Liemer, *loc. cit.*

intentara decir algo acerca de la belleza inherente a ciertos objetos que algunos consideran chatarra».

El ejemplo de Liemer, que puede parecer extremo, se basa en lo ocurrido en el aeropuerto de Pittsburgh, Estados Unidos, con un móvil donado a la ciudad por el escultor Alexander Calder (Estados Unidos, 1898-1976) en 1958. El Departamento de Aviación del Condado de Allegheny lo retiró de su ubicación inicial para evitar problemas de tránsito, *lo hizo repintar de verde y oro, lo inmovilizó (soldando sus partes) y le colocó un motor*[72](!). El móvil pasó a ser «un inmóvil». Ninguna norma vigente entonces en los Estados Unidos protegía el derecho a la integridad de la obra de Calder. Liemer cita un trabajo de Lerner y Bresler[73] que contiene una lista de casos similares.

Para algunos autores[74], el derecho a la integridad es uno de los derechos morales más controvertidos. En Italia, por ejemplo, el derecho a la integridad no sólo otorga al artista la posibilidad de oponerse a deformaciones, mutilaciones o a cualquier otra modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación del artista –lo que constituía el contenido original del derecho a la integridad bajo la ley italiana sobre derechos de autor– sino que, en virtud de modificaciones posteriores[75] también a cualquier acto dañoso de la obra en sí. Ha quedado abierto el debate acerca de si ese acto dañoso debe también afectar al propio artista (y no sólo a su obra).

La doctrina italiana, a la que seguimos en este punto, reconoce que el derecho a la integridad tutela incluso obras intelectuales que no gozan de protección legal (como sería el caso –el ejemplo es nuestro– de una obra pictórica que no haya sido objeto de inscripción en un registro o trámite similar)[76]. También consideramos importante, a los efectos del tema de este ensayo, tener en cuenta que al derecho a la integridad se lo considera merecedor de tutela en función de la

72. Los nuevos colores dados al móvil de Calder coincidían con los del Allegheny County, donde está ubicado el aeropuerto en cuestión. Más detalles pueden encontrarse en *http://artslaw.org/moral*.
73. Lerner, Ralph y Bresler, Judith, *Art Law, the guide for collectors, investors, dealers and artists* (PLI 1989).
74. Musso, *op. cit.,* p. 173.
75. Artículo 2 del decreto 19/1979, que según Musso, «además del derecho del autor de oponerse a deformaciones, mutilaciones o cualquier otra modificación de la obra que pueda perjudicar su honor o su reputación, ha incluido cualquier ulterior "acto dañino sobre la obra misma"» (*op. cit.,* p. 173).
76. En el mismo sentido (esto es, que la obra artística no requiere de un registro para conferir a su autor los derechos inherentes a la propiedad intelectual, *entre los que se encuentran los derechos morales)* se ha expresado también la jurisprudencia argentina («Petre v. Rosicó de Bachian Hermanos», CNCivil (A), 2007, *JA* 2008-I:442), caso en el que el actor reclamó por el uso no autorizado de sus «interpretaciones» de la marca de los demandados «a la manera de» Van Gogh, Warhol, Matisse y Schwitters).

presunción legal de que existe un interés legítimo merecedor de tal protección en el caso de obras de arte.

En otras palabras, la protección contra la mutilación o destrucción surge a raíz de una presunción legal acerca de la existencia de un interés merecedor de tal tutela, **toda vez que la cosa sobre la que debe recaer la tutela es una producción intelectual.** En consecuencia, bajo este punto de vista, **toda obra, por el hecho de que su autor sea un artista, merece tutela legal.** Ya veremos cómo, para autores como ADLER, esta presunción constituye un grave error.

9. PERO... ¿Y EL *IUS ABUTENDI*?

Pero es del caso poner de resalto que el derecho del artista a la integridad de su obra plantea un conflicto de proporciones frente al derecho de propiedad de quien resulte propietario de esa obra. En efecto, el derecho real de dominio tradicionalmente implicó el derecho a disponer materialmente de la cosa (el *ius abutendi* del derecho romano).

Pero también debe tenerse en cuenta que las concepciones más modernas del derecho han morigerado estos principios. Así, el derecho real de dominio que el Código Civil argentino de 1869 definía en su artículo 2513 como incluyendo facultades prácticamente absolutas de *desnaturalizar, degradar o destruir la cosa* se ha visto modificado en su alcance a partir de las reformas de 1970, que lo restringen[77] a la *posesión, disposición, servicio, uso y goce de la cosa conforme a un ejercicio regular.*

La Corte Suprema de Justicia argentina, por su parte, no obstante las garantías que goza el derecho de propiedad, ha dejado en claro que su ejercicio no escapa a la regla que emana del artículo 28 de la Constitución, es decir, que todos los derechos son relativos y su consagración queda limitada por las normas que reglamenten su ejercicio en tanto éstas no desvirtúen la finalidad de la libertad o derecho que instaura.

Así, la Corte ha sostenido que «*nuestra constitución no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni de libertad sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y la extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general...*»[78]. En este sentido, entonces, las limitaciones al derecho de propiedad que surgen de la legislación que consagra el derecho a la integridad tendrían sustento jurisprudencial (como se verá en algunos de los precedentes citados más adelante).

---

77. Pero sin llegar a consentir la posibilidad de invalidarlo: *in re* «Grassi», CSJN, 1981; *ED* 94:248.
78. *Fallos* 172:21; *Fallos,* 199:483; *LL* 36:703.

La doctrina española ha sido crítica con el texto del artículo 348 del Código Civil, que define la extensión del derecho de dominio, juzgado de libérrimo[79]. Pero tras la entrada en vigor de la Constitución Española, ese concepto ha quedado superado al reconocerse que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». Ello, se dice, redefine con nitidez el concepto de dominio, sólo posible en función de sus límites.

En un interesante artículo acerca del «derecho a la destrucción» derivado del derecho de propiedad en el sistema anglosajón, Strahilevitz hace notar los cambios en la definición de «propietario» («*owner*») contenida en el *Black's Law Dictionary,* (una enciclopedia jurídica estadounidense que brinda definiciones de conceptos jurídicos sobre la base de precedentes jurisprudenciales).

En efecto, mientras esa definición se mantuvo sin cambios desde mediados del S. XIX, ha sufrido recientemente la eliminación del *ius abutendi,* el derecho del propietario a *destruir* lo que es suyo. Para el autor, «la aparente eliminación del derecho a destruir [lo que es propio] no es un accidente ni un acontecimiento inusual»[80]. En su opinión, en los casos judiciales donde se cuestiona el derecho de un propietario a destruir lo que es suyo, los tribunales han reaccionado con hostilidad hacia aquél.

Strahilevitz recuerda que si bien el derecho a *destruir* lo que es propio puede resultar antipático (aunque no lo dice con estas palabras), también hay *destrucción* cuando el propietario come un trozo de torta, o se queda dormido en lugar de ir a trabajar o deja un dormitorio desocupado en su casa en lugar de alquilarlo a terceros. Los ejemplos se refieren a dos tipos posibles de destrucción: el consumo de bienes no durables –el caso de la torta– o la falta de explotación de oportunidades económicas –como la falta de obtención de una renta originada en el trabajo o en la locación de un bien–.

Obviamente, esta lenta erosión del concepto tradicional de propiedad, que permitía al titular del dominio sobre una cosa destruirla a su placer y antojo, deja lugar al derecho del artista a la integridad de su obra cuando ésta ya no le pertenece. Como veremos más adelante, sin embargo, esta última noción también es sujeto de agudas críticas por quienes se oponen al concepto mismo de los derechos morales. Y cabe recordar que, de todos éstos, el derecho a la integridad es el que más interrogantes plantea ante la existencia del derecho de propiedad[81].

---

79. Acebes Cornejo, Raúl, *Comentario crítico al Código Civil Español,* disponible en *http://www.comentariocritico.com/.*
80. Strahilevitz, Lior J., «The right to destroy», *John M. Olin Law and Economics Working Paper* nº 205, segunda serie, enero de 2003.
81. Adler, Amy, «Against moral rights», 97 *California Law Review* 263.

10. ALGUNOS PRECEDENTES SIGNIFICATIVOS SOBRE EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LA OBRA DE ARTE EN LA JURISPRUDENCIA CONTINENTAL

Existen numerosos fallos dictados por tribunales de países enrolados en el derecho continental (napoleónico) en los que se ha analizado la extensión del derecho moral a la integridad de la obra (entendiéndolo en un sentido amplio, abarcativo tanto de la mutilación como de la destrucción).

A pesar de la relativa uniformidad de las normas aplicables, es interesante notar la variedad de soluciones jurisprudenciales a las que se ha arribado. Así, desde los casos argentinos «Waveluk» (quizás el más estricto en cuanto al alcance de los deberes de proteger la integridad de una obra pictórica) hasta «Jorge» (donde prácticamente se los ignoró) y pasando por el caso español «Remocsa» y el caso italiano «de la dama del velo» (donde se llegó a una solución intermedia y salomónica) resulta difícil establecer una pauta jurisprudencial consistente.

Francia: el caso «Buffet» (1965)

El pintor expresionista francés Bernard Buffet (1928-1999) donó, para una subasta benéfica, una heladera (refrigerador) sobre la que él había pintado el techo, la puerta y los lados con naturalezas muertas, peces, frutas e imágenes en los ángulos. De los seis paneles resultantes, Buffet firmó sólo uno, pues consideraba que se trataba de una única obra. Seis meses más tarde, el comprador del refrigerador, Haag Fersing, un artista danés (y que había pagado dos mil doscientos dólares por la obra) puso a la venta uno de ellos, (con la descripción «"Naturaleza muerta con frutas", pintura sobre metal») a lo que Buffet se opuso mediante una medida cautelar otorgada por el Tribunal de Primera Instancia del Sena (7 de junio de 1960). Éste, además, otorgó a Buffet un franco como indemnización simbólica, el derecho a publicar la sentencia en tres revistas de arte distintas a su elección y a costa del comprador y las costas del juicio. Pero negó a Buffet el derecho a recuperar los seis paneles como indemnización.

Como consecuencia de la apelación de Buffet, en la que el artista sostuvo que la sentencia de primera instancia sólo había prohibido la venta *pública* de su obra en piezas separadas, el Tribunal de Apelaciones de París modificó la sentencia de primera instancia para prohibir incluso la venta *privada* de las piezas por separado.

El Tribunal de Apelaciones sostuvo que los derechos morales del artista le permitían «vigilar» la obra con posterioridad a su venta para asegurarse de que no fuera ni mutilada ni alterada. La división de la obra en seis paneles fue considerada una «mutilación», y le reconoció entidad suficiente como para justificar las limitaciones al derecho de propiedad del demandado[82].

82. *In re* «Buffet c. Fersing», Gaz. Pal. 1965.2.126. El caso es considerado paradigmático cuando, en un contexto de derecho de origen anglosajón, se intenta explicar el concepto de

Francia: el caso «Dubuffet» (1977)

El pintor y escultor Jean-Philippe Dubuffet (Francia, 1901-1985) acordó en 1973 con la empresa Renault la erección de un monumento en una fábrica en Boulogne. El artista hizo una maqueta (a la que llamó «Salón de verano») y comenzó la construcción. Antes de que se completara el proyecto, Renault decidió suspenderlo y, sin consentimiento de Dubuffet, comenzó su demolición.

Dubuffet inició pleito con el argumento de que se habían violado sus derechos morales (en particular, el derecho a la integridad). Para resolver el caso en primera y segunda instancia en contra del artista fueron determinantes dos estipulaciones contractuales: una según la cual Dubuffet recibiría sus emolumentos aun en el caso de que la obra no se llevara a cabo; otra que especificaba que Renault sería consultado al elegirse los materiales para la construcción.

Sobre la base de esas estipulaciones, en las dos primeras instancias (23 de marzo de 1977 y 2 de junio de 1978) se resolvió que Renault tenía una opción para construir o no el monumento, y que, desde que era la empresa quien seleccionaba los materiales, Dubuffet no era «el autor» de la obra.

La Corte de Casación anuló las dos sentencias iniciales, y sostuvo que Dubuffet no sólo tenía derechos morales sobre la maqueta sino también sobre la obra misma, aunque no estuviera terminada. Tanto una como la otra eran «manifestaciones de la obra», y su destrucción constituía una violación de la voluntad del artista. Renault se obligó contractualmente a «tomar a su cargo los intereses de Dubuffet en la edificación de la obra monumental» y se le ordenó que retomara la construcción del monumento[83].

Argentina: el caso «Waveluk» (1993)

María Waveluk, pintora e ilustradora argentina de origen ucraniano, a pedido de la Iglesia Ortodoxa Rusa del Patriarcado de Moscú, pintó un mural («La Última Cena») en la parte superior del altar mayor de una iglesia de Buenos Aires, que fue inaugurado en julio de 1985. Cinco años más tarde, las autoridades eclesiásticas decidieron cubrir el mural –realizado con la técnica del temple: huevo con agua destilada y aceite doble cocido– con un lienzo pintado por Carlos González Galeano, que representaba a la Virgen y el Niño. Waveluk no copió ni reprodujo la obra de ningún otro artista, ni imitó las poses de los personajes

---

«derecho moral». Véase Sainsbury, Maree, *Moral rights and their application in Australia,* The Federation Press, Annandale, 2003, p. 11; también Redmond-Cooper, *op. cit.,* p. 75 y Michalos, C., «Murdering art...», *op. cit.,* p. 178. Véase más adelante en este trabajo, en el capítulo 9, la trascendencia de este caso en el proceso de reconocimiento (limitado) de los derechos morales en los Estados Unidos.

83. *In re* «Dubuffet c. Régie Nationale des Usines Renault», Cour de Cassation, 8 de enero de 1980, 104 *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, abril de 1980, *cit.* por Teilmann, *op. cit.,* p. 15.

reflejadas en cuadros similares, sino que produjo un resultado absolutamente original. La Iglesia Ortodoxa reconoció «haber suprimido» el mural.

Ante la demanda de la artista por resarcimiento del daño moral, el tribunal resolvió que la forma en que la obra había sido tapada por otra equivalía a su destrucción, lo que otorgaba a Waveluk derecho a una indemnización. El tribunal descartó como defensa que la obra pudo ser gozada durante los cinco años desde su concreción a su destrucción. La indemnización no tuvo en cuenta el valor de una obra semejante en el mercado, pues eso «equivaldría a una eventual venta a un tercero»[84].

Italia: «el caso de la dama del velo» (1995)[85]

Ante el tribunal de Bolonia se planteó la demanda del pintor Rino Andrea Raccagni (Bolonia, 1921-2005) por la destrucción de un cuadro llevada a cabo en 1989 por su propietario, la Banca Cooperativa Imolese, una institución financiera, como consecuencia de «presuntas influencias nefastas provenientes de la dama, cubierta con un velo, que aparecía retratada en él». El pintor adujo que el cuadro, vendido al banco en 1951, había sido quemado por el personal del banco porque se le atribuían influencias nefastas que habrían llevado al suicidio al anterior usuario de la oficina en la que el cuadro estaba expuesto. El banco, por su parte, sostuvo que el cuadro probablemente había desaparecido durante los trabajos de restauración del edificio del banco, llevados a cabo entre 1962 y 1969.

El tribunal excluyó la violación del derecho a la integridad, poniendo de resalto que la destrucción, (prescindiendo de sus motivos específicos, como «los indemostrados influjos maléficos» emanados del cuadro o un simple deterioro causado por la reestructuración del edificio donde éste se hallaba instalado) exigía la necesidad de demostrar cierta «irrazonabilidad» en el comportamiento del adquirente de la obra o directamente un *animus nocendi* (intención de dañar) para configurar una lesión jurídica en perjuicio del artista, aun en el caso de la destrucción voluntaria de la obra.

El tribunal pareció admitir implícitamente que, si hubieran sido probados, los argumentos esgrimidos por el propietario para destruir el cuadro podrían haber podido justificar la pretensión del artista de ser resarcido por el daño causado como consecuencia de la destrucción de la obra. En otras palabras, la pretensión habría sido acogida si el autor de la pintura hubiera probado que la destrucción se produjo por motivos fútiles (como las supuestas «influencias nefastas» de la dama retratada). Pero como no se probó la naturaleza injuriosa de esas razones hacia

84. *In re* «Waveluk c. Iglesia Ortodoxa», CNCiv (G), 1993; *JA* 1995-II:367.

85. Discúlpesenos la denominación, pero la inicial referencia a este caso, contenida en Musso, *op. cit.,* p. 174) no contenía los nombres de las partes, por lo que optamos por dar al caso este nombre, basado en los hechos que le dieron lugar. Averiguaciones posteriores permitieron completar la información.

la personalidad del artista, la destrucción o mutilación fue considerada como *expresión del legítimo ejercicio del derecho de propiedad,* que no repercutió negativamente sobre el prestigio del artista, por lo que no se otorgó indemnización alguna[86].

Pero los comentarios sobre el caso pusieron de resalto la existencia de dos teorías acerca del derecho del artista a ser resarcido en caso de *destrucción* de su obra: una primera según la cual la destrucción de una obra de arte es *siempre* resarcible toda vez que impide la reconstrucción del «recorrido artístico» del autor, por cuanto la destrucción de una sola obra podría afectar negativamente el estudio de su evolución pictórica o del total de su producción; para un segundo punto de vista, es necesario encontrar un equilibrio entre el derecho moral del artista y el derecho de propiedad, y ese equilibrio está dado por el concepto del «abuso de derecho», cuya aplicación sólo daría derecho al resarcimiento en caso de destrucción de la obra de arte cuando ésta es llevada a cabo para satisfacer sentimientos caprichosos o por odio a su autor[87].

Argentina: el caso «Cresta» (2007)

El pintor Norberto Cresta (Santa Fe, Argentina, 1929-2009) entregó en consignación a la Galería de Arte De Santi una pintura acrílica sobre tela («C.660.90») para su venta. A raíz de la muestra «Buenos Aires y sus pintores», realizada en 1996, la obra fue trasladada por la galería a un salón de exposiciones, donde sufrió un corte de aproximadamente seis centímetros, que fue reparado por «un profesional de reconocida trayectoria» (el pintor Mario Agatiello (Argentina, 1943). El artista demandó a la galería, luego de ser infructuoso su intento de que aquella adquiriera la obra. Amén del valor de la pintura, su autor exigió daños y perjuicios por «el menoscabo perpetrado sobre la obra de arte» más un resarcimiento por daño moral.

En primera instancia el juez rechazó la demanda, con el argumento de que la restauración efectuada con la conformidad del artista no producía efecto negativo alguno (pues podía ser presentada en concursos de arte o ser aceptada por parte de los museos) y que no se había aportado prueba alguna acerca de la pérdida de la originalidad de la obra.

La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia, con el argumento de que en primera instancia se ignoró el carácter de «propiedad intelectual» que debe otorgarse a la obra de arte en función de su expresión de la creatividad del espíritu, su originalidad y su significación.

Además del derecho a recuperar la obra (que el galerista había consignado judicialmente) y una indemnización por los daños materiales sufridos por la pin-

86. «Raccagni v. Banca Cooperativa Imolese», Tribunal de Bolonia, 27 de julio de 1995.
87. Beduschi, P. G., «Distruzione dell'Opera Figurativa e Sindrome di Stendhal», *Il Diritto Industriale,* 6: 506 (1996).

tura, el tribunal otorgó al artista una indemnización por el daño moral sufrido, «*en razón del sufrimiento y lesión a su sensibilidad creadora*»[88].

Aunque la Cámara de Apelaciones no hizo referencia expresa a la Convención de Berna, tuvo en consideración los derechos morales del artista, cuyo objeto definió como «la defensa de la personalidad del autor de la obra» y lo consideró integrado «entre otros, por el derecho a exigir que se respete... la integridad de su obra», e hizo, sobre el punto especial mención «a lo que en Francia se denomina "derecho de respeto": al nombre del autor, a su calidad de tal *y a su obra*».

Es interesante notar que el tribunal, aunque *obiter dicta,* hizo referencia a un precedente de la Corte Suprema argentina en el que (aunque refiriéndose a la protección propia del copyright) sostuvo que «la ley no protege todo [...], sino sólo lo que tiene originalidad».

Nos preguntamos entonces si la aplicación de los derechos morales no debería exigir cierta «originalidad» a la obra supuestamente merecedora de protección; obviamente, dicha «originalidad» no deja de ser un factor absolutamente subjetivo. Pero también es subjetivo el valor de «obra de arte» que el artista da a su producción, lo que, como veremos, ha merecido críticas duras y fundadas.

España: el caso «Remocsa» (1999)

Los actores reclamaron una indemnización por daños morales y patrimoniales a raíz de la destrucción de los murales de los que eran autores al ser restaurado el edificio donde se hallaban instalados. En primera instancia se otorgó la indemnización por daño moral solicitada.

En apelación, la Audiencia Provincial de La Coruña entendió que «el deficiente estado del edificio precisado de reparaciones que exigían demoliciones y reconstrucciones justifica la demolición del mismo y, por tanto, del conjunto en que se integra la obra adherida inseparablemente al inmueble sin posibilidad de extracción sin daño. La situación del edificio imponía la reconstrucción del mismo y excluía la posibilidad de conservación de la obra pictórica, ya minorada en su integridad por su propia naturaleza y características. En definitiva, la creación intelectual se incorpora de una forma perenne a las paredes del edificio, adherida inseparablemente, o cuanto menos, aplicada a formar parte integrantes del mismo y anexionada al resto de los materiales [...] siendo inviable su segregación sin producir el menoscabo de la materia que la conforma y encontrándose el inmueble en tal estado de deterioro que impone la reconstrucción como medio adecuado para el sostenimiento del edificio en pie [...] por lo que desaparece cualquier base legal que impidiera la demolición».

Con respecto al reclamo por daños económicos sufridos por los demandantes, fueron rechazados sobre la base de que éstos habían cedido los derechos de

88. *In re* «Cresta, N. c. Galería de Arte de Santi», CNCom (A), 2007; *AbeledoPerrot* 70043536.

explotación y reproducción; además, los actores no demostraron una lesión a sus intereses patrimoniales ni perjuicios profesionales o artísticos determinados. En consecuencia, se desestimó la existencia de daños morales para los artistas[89].

Argentina: el caso «Jorge» (2007)

En 1977, al pintor y escultor Fortunato Jorge (Bahía Blanca, Argentina, 1930) se le adquirió una escultura en cobre («Las siete maravillas del mundo») para ser colocada en la fachada de un edificio. (Varios espacios públicos y edificios en su ciudad natal exhiben obras de su autoría). El consorcio de propietarios decidió retirarla y venderla como chatarra, con el argumento de que la fachada del edificio se encontraba muy deteriorada y la obra corría el riesgo de desprenderse.

Ante el reclamo del artista, el tribunal entendió «*que no todo trabajo encarado por un escultor, pintor, artesano u orfebre constituye una obra de arte. Se requiere sin hesitación el reconocimiento o la consideración pública como tal además de su trascendencia en el tiempo para gozar de semejante rango, extremos que no fueron probados por el demandante...*». Además, como el edificio «adquirió en propiedad» los murales[90] resulta claro que «*[...] el consorcio a partir de allí se encontraba en libertad de disponer de ellos como quisiera...*».

También sostuvo la Cámara que la imprescriptibilidad de los derechos intelectuales sobre una obra plástica sólo significa que éstos no pueden ser adquiridos por prescripción, *pero ello no autoriza a concluir que no prescriban las acciones para reclamar penas o indemnizaciones por hechos acaecidos con anterioridad*.

El tribunal no hizo referencia alguna ni a los derechos morales bajo la Ley de Propiedad Intelectual ni al Convenio de Berna[91], pero sí, curiosamente, al requisito del «reconocimiento o la consideración pública como tal además de su trascendencia en el tiempo» para gozar del status de obra de arte. Aunque los magistrados no incluyeron cita alguna, es notable la exigencia de esos requisitos, dada su similitud con los contenidos en la legislación estadounidense para otorgar protección legal a los artistas. (Véanse más adelante los capítulos 12 y 13 de este trabajo).

Argentina: el caso «Seiguerman» (2011)

El pintor Luciano Seiguerman (Buenos Aires, Argentina, 1977) fue el autor de un mural colocado en la fachada de un centro cultural en la ciudad de Buenos Aires. Como la pared sobre la que estaba plasmada la obra comenzó a deteriorarse, las autoridades del centro decidieron repararla, para lo cual contrataron a terceros que modificaron y alteraron el mural.

89. Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1ª, sentencia nº 47/1999 «C.B. c. Remocsa y otros», *Thomson-Reuters Aranzadi,* AC/1999/312. Una referencia *en passant* a esta sentencia puede encontrarse en Michalos, C., *op. cit.,* p. 178.
90. La sentencia se refiere indistintamente a «obra escultórica», «murales», «escultura», etc.
91. *In re* «Jorge c. Consorcio edificio Trellini», SCBA (2009); *Abeledo Perrot* 70053259.

Ante el reclamo del artista, la Cámara de Apelaciones sostuvo que la conducta que debieron observar los demandados ante el deterioro de la pared y la necesidad de recuperar el frente del Centro Cultural, «*compatible con el derecho moral del autor subsistente en cabeza del artista no obstante el pago del precio* [...] era encomendar al propio artista su reparación en lugar de contratar a terceros que superpusieron modificaciones a la obra original, eliminando el nombre de su autor y consignando el propio». El tribunal puso énfasis en el derecho del artista a oponerse *a cualquier deformación, mutilación o modificación* de la obra *que pudiera afectar su honor o su reputación*[92].

La sentencia efectuó otras consideraciones; por ejemplo, si el mural, (calificado de «isologo» por la demandada) era susceptible de tutela como obra de arte o si la «originalidad» era un requisito para la protección[93].

Alemania: el caso «Hundertwasser» (2000)

Rigamonti menciona este caso como el *leading case* alemán en materia de protección a la integridad de la obra. El pintor y escultor Friedrich Stowasser (Austria, 1928-2000) (más conocido por su seudónimo Friedensreich Hundertwasser) era notorio por su uso de formas biomórficas y espirales (que recuerdan a Gaudí), abundante coloración y su rechazo a las líneas rectas («las líneas rectas y sus derivados son úlceras cancerosas que envenenan» llegó a decir[94]).

Un galerista alemán colocó algunos cuadros de Hundertwasser dentro de marcos que repetían los patrones plásticos de la obra, «prolongando» así los motivos pictóricos más allá de la tela. El pintor demandó al galerista, con el argumento de que se violaba su derecho a la integridad de la obra. La Corte Suprema de Alemania le dio la razón[95].

11. EL SISTEMA ANGLOSAJÓN

Existe una concepción diferente del copyright en el mundo anglosajón (basado fundamentalmente sobre el «derecho de copia») frente a la del derecho de autor propio de los países de derecho continental. Si bien tienen enormes puntos de contacto, ambos sistemas («derechos de autor» y «copyright») abarcan conceptos, alcances y ámbitos distintos[96].

92. *In re* «Seiguerman c. Greco», CNCiv (M), 2011; *elDial.com* AA6A7A.
93. Véase Villalba Díaz, F. «¿Quién puede restaurar una obra original?», *elDial.com* DC15DF
94. Randt, Harry, *Hundertwasser,* Taschen, 2007.
95. Bundesgerichtshof [BGH], 150 Entscheidungen des Budesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 32 (F.G.R.) (la cita jurisprudencial ha sido extraída de Adler, *op. cit.,* p. 279, nota 89); Rigamonti, *op. cit.,* p. 365.
96. Fernández Delpech, H., *op. cit.,* p. 15.

Para alguna doctrina, la diferencia sustancial recae en el tratamiento y reconocimiento de los derechos morales[97]. «La inclusión de los derechos morales en el derecho de copyright ha sido generalmente entendida como el factor definitorio de la tradición continental en la materia, mientras que la falta de protección a esos derechos fue considerada como un componente crucial de la tradición anglo-americana en materia de copyright» sostiene Rigamonti. Sin embargo, añade, «no hay obstáculos dentro del *common law* que impidan a los tribunales generar el mismo tipo de decisiones que los tribunales de Francia, Alemania o Italia aplican sobre la base de la «ortodoxia» de los derechos morales»[98].

Como ejemplo de lo dicho, ese autor cita la decisión recaída en un caso de 1769 («Millar v. Taylor»)[99], donde el juez Lord Mansfield parece haber identificado correctamente la existencia de los derechos morales en cabeza del autor de una obra literaria: «Es justo que un autor obtenga las ganancias pecuniarias de su ingenio y de su trabajo. Es justo que un tercero no use su nombre sin su consentimiento. Es adecuado que el autor determine cuándo publicar o si alguna vez habrá de hacerlo. Es adecuado que no sólo elija el momento, sino también el modo de publicación y la cantidad a publicar, el volumen y la letra. Es adecuado que elija a cuidado de quién confiará la precisión y corrección de la impresión, en la honestidad de quién habrá de confiar para que no se introduzcan añadidos». Rigamonti considera que en el fallo transcripto se hallan los fundamentos de todos los derechos morales que el sistema continental ha identificado.

El ámbito anglosajón al que hacemos referencia incluye a los Estados Unidos, el Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia e Irlanda.

Una de las razones para el diferente tratamiento y consideración de los derechos morales, en particular en el caso estadounidense, puede originarse en que, en ese país, el origen del copyright no es tanto un derecho natural que surge de la personalidad del artista sino una creación constitucional. En ese sentido, dice Christopher Robinson: «En los Estados Unidos, la hostilidad al concepto de derechos morales estuvo fundada en dos factores: una interpretación más limitada de la protección del copyright, derivada de la Constitución, y un profundo respeto por los derechos económicos tradicionales derivados de la propiedad. La Constitución estadounidense otorga al Congreso el poder de «promover el progreso de la ciencia y las artes aplicadas, asegurando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos». Antes que proteger algún derecho natural, la protección legal al copyright derivada de la cláusula constitucional tiene como objetivo principal los intereses de la sociedad como un todo»[100].

97. Rigamonti, *op. cit.,* p. 354.
98. *Id.*, p. 382.
99. 4 Burr. 2303; 98; ER 201.
100. Robinson, *op. cit.,* 1940.

Como consecuencia de ese rechazo a los derechos morales, los Estados Unidos no fueron parte de la Convención de Berna hasta 1988. Y decimos «rechazo» y no «desconocimiento» porque la existencia de dichos derechos era reconocida, pero uniformemente rechazada.

Por eso, la jurisprudencia estadounidense dijo (demasiado enfáticamente, en nuestra opinión) que «la doctrina de los derechos morales no es parte del derecho [federal] de los Estados Unidos»[101].

Hemos introducido la palabra *federal* en el párrafo anterior porque, en rigor, en el derecho estadual existieron varios casos de leyes que, de un modo u otro, acogieron la teoría de los derechos morales antes de que lo hiciera (a su modo) la legislación federal. Aunque no es nuestro propósito entrar en demasiados detalles al respecto, es necesario mencionar la *California Art Preservation Act* («Ley de Preservación del Arte»), sancionada a instancias del senador local Alan Sieroty y cuyo texto fuera redactado por el profesor de derecho Thomas Goetzl, y que otorgó a los artistas el derecho a accionar contra quien intencionalmente desfigurara, mutilara, alterara o destruyera todo aquello que calificara como obras de «bellas artes».

Según la norma californiana, integrada al Código Civil de ese estado bajo los artículos 987 y 989, las obras de «bellas artes» son las de «calidad reconocida», para lo cual los tribunales habrán de apoyarse en las opiniones de artistas, *marchands,* coleccionistas, curadores de museos de arte y de cualesquiera otras personas involucradas en creación o negociación de bellas artes. (Poco tiempo después, California sancionó su propia versión del *droit de suite* de origen francés y que obliga a todo vendedor de una obra de arte por un precio superior a los mil dólares a abonar al artista el 5% del precio de venta)[102].

A los fines que nos interesan, es interesante notar la referencia que hace el nombrado senador Sieroty, al someter a la legislatura estadual su proyecto de ley, al conflicto que los derechos morales plantean frente al derecho de propiedad: «para aprobar esta ley, es necesario conseguir que los legisladores reconsideren su concepción acerca del derecho de propiedad. El derecho de propiedad es muy fuerte en este país, y es por eso que no hemos aprobado ley alguna sobre conservación. Hay que empezar por pensar que quizás, quien creó la obra de arte, y eventualmente también el público, retenga algún interés en ver que al arte no se lo destruye, no se lo mutila y no se lo modifica sin el consentimiento del artista. La primera impresión que tuvieron los miembros del comité de legislación cuando presenté este proyecto fue «si esto es mío, puedo hacer lo que quiero con esto,

101. *In re Geisel v. Poynter Products,* 295 F. Supp. 331, 340n.5 (S.D.N.Y. 1968), citado en Rosen, Dan, *loc. cit.* Geisel, más conocido como «Dr. Seuss» era un caricaturista cuyos dibujos fueron utilizados sin su permiso en la confección de muñecos que él consideró de inferior calidad. La sentencia puede encontrarse también en *www.leagle.com/decision/1968626295FSupp331_1559.xml.*

102. Sax, *op. cit.,* p. 21.

puedo cortarlo en pedazos si es demasiado grande para el lugar donde pienso colocarlo...»[103].

Entre muchos otros[104], hay dos famosos precedentes jurisprudenciales que ilustran la situación de los derechos morales en los Estados Unidos antes de la adopción, a nivel federal, de la *Visual Artists Rights Act* («Ley de Derechos de los Artistas Visuales») de la que se hablará más adelante[105]. Se trata de los casos «Vargas» (vinculado con el derecho moral de *atribución* que no es relevante a los efectos de este trabajo) y «Crimi», que merece nuestra atención por tratarse de un caso de afectación de los derechos morales por *destrucción* de la obra de arte[106].

Alfred Crimi (Sicilia, 1900-Nueva York, 1994), un muralista con cierta fama radicado en los Estados Unidos, pintó en 1938 un mural al fresco para la Iglesia Presbiteriana de Rutgers, en Manhattan, por el que se le pagaron seis mil ochocientos dólares, una suma importante para la época. La obra, firmada por el artista, fue adosada a la pared principal del templo.

En la ceremonia de inauguración, el pastor se refirió a la figura central del mural como «Cristo, que amó el aire libre e instintivamente desnudaba su pecho al soplo del viento y a los rayos de sol». Pero ese mismo torso desnudo hizo que, en 1946, el mural fuera íntegramente cubierto por una capa de pintura porque los feligreses lo objetaron[107]. Las autoridades eclesiásticas no consultaron a Crimi antes de cubrir la obra, ni le dieron oportunidad alguna de retirar el mural

103. Sax, *loc. cit.*

104. Otros casos dignos de mención incluyen la destrucción de una obra de Toulouse Lautrec (Francia, 1864-1901), dividida en diez fragmentos que fueron vendidos individualmente y el desmantelamiento de una escultura de Isamu Noguchi (Japón, 1904-1988) por el Bank of Tokyo Trust Co. en Nueva York en 1975. El caso de la obra de Noguchi es bastante peculiar, puesto que los pedazos en los que fue dividida su obra (una escultura llamada «Shinto» en forma de rombo luminoso de 5,20 m de longitud y 725 kg de peso) fue regalada por el banco a la ciudad de Jacksonville, en Florida en 1982. El director del museo de bellas artes de esta ciudad se dirigió por carta a Noguchi solicitando su ayuda en la restauración de la obra, a lo que el escultor se negó: «No se puede dañar una obra de arte, luego darse vuelta y regalarla». (Véase *www.nytimes/1982/02/12/arts/art-people-noguchi-and-shinto-again.html*). Otros casos notables fueron la destrucción de *Trois Femmes* de Pablo Picasso (España, 1881-1973), una obra sobre linóleo de 1959 y comprada por Subdivision Art, una empresa australiana en 1986 por diez mil dólares y cortada en 500 fragmentos vendidos a cien dólares cada uno, etc. (Una referencia a este último caso puede encontrarse en *http://www.artmarketblog.com/2008/04/17/picasso-gets-the-chop-artmarketblogcom/*).

105. Ambos se hallan descriptos en detalle (incluyendo entrevistas a ambos artistas) en Crawford, T., *Legal Guide for the Visual Arts,* Allworth Press, 4ª edición, Nueva York, 2001, pp. 55 y ss.

106. *Crimi v. Rutgers Presbyterian Church,* 194 Misc. 570, 89 N.Y.S. 2nd., 813 (N.Y. Su. Ct., 1949), citado por Damich, Edward, «The right of personality: a common-law basis for the protection of the moral aright of authors» en 23 *Georgia Law Review* 1 (1988).

107. Para otra versión de la historia, recogida por Lee, Mary A., en «Moral right doctrine: protection of the artist's interest in his creation after sale» en 2 *Alabama Law Review* 267

para preservarlo. El artista demandó exigiendo la restauración del fresco o su remoción, más daños, parcialmente fundado en que tenía «derechos morales» a proteger la integridad de su obra.

El tribunal rechazó la demanda y sostuvo que «la posición del actor acerca de que el artista retiene derechos sobre su obra luego de que ésta ha sido incondicionalmente vendida y que estarían vinculados con la protección de su reputación artística, no tiene apoyo en ninguna decisión de este tribunal». Los jueces también establecieron que el contrato entre Crimi y la iglesia no contenía cláusula alguna que implicara un derecho a la integridad de la obra. Es interesante comparar lo decidido en este caso con la sentencia recaída en el precedente argentino «Waveluk» (ver capítulo 10), dada la gran similitud de los hechos.

Semejante posición adversa a los derechos morales encuentra apoyo porque, como explica Rhodes[108] y ya mencionáramos más arriba, el derecho de autor, en los países anglosajones, es una «interpretación utilitaria», nacida bajo el sistema del *common law* que intenta encontrar un equilibrio entre los derechos económicos y de propiedad del autor, el editor, el público y el Estado. El sistema anglosajón se aleja de una atribución subjetiva de derechos al artista sobre su obra y, de este modo, el copyright (derivado de la concesión de privilegios reales como ocurrió con el primer precedente al respecto, el *Copyright Bill* inglés de 1709) protege otros objetos además de aquellos en los que el autor ha dejado su imprenta personal.

Para la profesora Stina Teilmann, «en la tradición angloamericana, varias de las justificaciones más importantes del copyright se encuentran en el preámbulo del *Estatuto de Ana:* «una ley para el fomento de la educación» y en la filosofía de John Locke, «*Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property...*» («cualquier cosa que el autor extraiga del estado en que la naturaleza creó las cosas o deje en ellas, mezcle con su trabajo o agregue algo que le sea propio hace que, por lo tanto, la convierta en su propiedad»)[109].

Según Rosenthal Kwall, «las leyes [estadounidenses sobre copyright] reflejan una incompleta comprensión de la dinámica que motiva el alma artística. El derecho de copyright, el conjunto de normas que rige el derecho de los autores otorga incentivos casi exclusivamente económicos. Desde sus inicios, el derecho de autor en los Estados Unidos ha estado diseñado para calibrar el nivel óptimo de los incentivos económicos que promueven la creatividad. [...] El derecho de autor [en los Estados Unidos] no otorga a los autores derechos morales como el

---

(1949-1950), no fueron los feligreses sino el pastor quien objetó la obra e hizo cubrir únicamente lo que consideró «las partes pudendas» de la figura de Cristo.

108. Rhodes, Anne-Marie, *loc. cit.*

109. Teilmann, Stina, *op. cit.,* p. 1. La cita de Teilmann proviene del capítulo V del «Segundo Tratado del Gobierno Civil» de Locke.

derecho a que se les atribuya su propio trabajo, o el derecho a que sus obras sean mantenidas y presentadas de un modo consistente con su visión artística»[110].

Fernández Delpech explica que «en el sistema del copyright el derecho está dirigido casi exclusivamente a su aspecto patrimonial [mientras que] en el sistema de los derechos de autor es tan válido el derecho moral sobre la obra como el derecho patrimonial que se tiene sobre ésta»[111].

Rigamonti, ya citado con relación a sus conclusiones sobre el derecho suizo, sostiene que, en los Estados Unidos, el desconocimiento de los «derechos personalísimos» como una categoría legal es otra de las razones por las cuales los derechos morales en ese país son rechazados (aunque, como se dijo, no son ignorados)[112].

Esta diferencia conceptual e histórica entre los dos grandes sistemas jurídicos del mundo occidental –y no tan sólo «occidental», desde que el Japón también ha abrevado en uno de ellos– llevó a que, como ya se dijo, la doctrina de los derechos morales del artista tuviera ciertas dificultades para arraigar en los Estados Unidos e Inglaterra.

Para Liemer (autora de la interesante descripción del efecto que la destrucción de la obra puede causar sobre su autor, incluida en el capítulo 8 de este trabajo), usando un lenguaje quizás poco común en el análisis jurídico, «quienes han sido educados en el derecho estadounidense pueden cuestionar todas estas preocupaciones sobre la protección legal de la sensibilidad de los artistas, puesto que ya existen los medios suficientes para resolver las cuestiones relativas al control de la propiedad, los daños personales, las falsas declaraciones y la libertad de expresión. Y hay cuestiones sociales más apremiantes. Pero allí está el error: «el arte puede decirnos quiénes somos y de dónde venimos», tanto en cuanto individuos como sociedad. Es difícil que los pueblos y las sociedades que tienen un fuerte sentimiento de pertenencia se destruyan. [...] Quien llega a apreciar y entender el arte se abre a una amplia comunicación con los demás, gana conocimientos acerca de sí mismo y de sus semejantes y reduce la posibilidad de la intolerancia y el prejuicio. Cuando experimentamos el proceso creativo nos damos cuenta de aquello que, de un modo único, nos humaniza a todos, de nuestras necesidades y de las aspiraciones humanas que tenemos en común, de nuestro lazo compartido como seres humanos. *El reconocimiento de los derechos morales de los artistas por el sistema jurídico es una de las maneras en que la sociedad puede incentivar a sus miembros a que entiendan y aprecien ese lazo*»[113].

---

110. Rosenthal Kwall, Roberta, «Inspiration and innovation: the intrinsic dimension of the artistic soul», en *Notre Dame Law Review,* junio 2006, p. 1946.
111. Fernández Delpech, *op. cit.,* p. 52.
112. Rigamonti, *op. cit.,* p. 393. Curiosamente, este autor reconoce una única excepción a ese desconocimiento, y es el reconocimiento del derecho a la privacidad, como resultado de la sustancial contribución hecha por los jueces Warren y Brandeis.
113. Liemer, *op. cit.,* p. 56. La cursiva es nuestra.

12. LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES EN LOS ESTADOS UNIDOS

Por largo tiempo, varios doctrinarios llamaron la atención de la comunidad jurídica acerca de la falencia de la legislación estadounidense al no proteger los derechos morales del artista.

Así, por ejemplo, la mencionada profesora Rosenthal Kwall declaraba que «el marco legal [estadounidense] no representa ni una visión completa de la creatividad ni constituye un sistema que dé respuesta adecuada a la panoplia completa de las necesidades de los artistas»[114]. Y «en los Estados Unidos, el foco de la protección de los artistas se centra casi exclusivamente en el *commodity* físico o en los intereses mercantiles de la autoría»[115].

Pero debieron ocurrir tres hechos trascendentales para que se diera un cambio radical al respecto: cronológicamente, en primer lugar, los trabajos de John Henry Merryman, profesor de la Universidad de Stanford, sobre los reclamos de los artistas estadounidenses para que se reconocieran sus derechos morales. En opinión de Jane Ginsburg durante el simposio sobre «Arte y Derecho: supresión y libertad»[116], «todo lo escrito en los Estados Unidos desde 1976 sobre el tema [de los derechos morales] debe su inspiración a los trabajos de Merryman, sobre todo "The refrigerator of Bernard Buffet"»[117].

Casi simultáneamente con las repercusiones de ese trabajo de doctrina, se dictó una interesante sentencia en un pleito iniciado por el grupo Monty Python contra American Broadcasting Corporation (ABC) una de las tres cadenas de televisión de los Estados Unidos, que tuvo gran trascendencia. El caso[118] fue planteado por ese grupo contra ABC para impedir que esta cadena de canales de televisión difundiera episodios distorsionados de sus programas televisivos. Entre otras razones, el tribunal sostuvo que «la postura de los apelantes tiene éxito basándose en la teoría de que, más allá del derecho de ABC a emitir un programa editado, los cortes efectuados constituyen una mutilación del trabajo de Monty Python que da derecho a exigir una reparación. Una demanda de este tipo, que intenta impedir la deformación del trabajo del artista, encuentra sus raíces en el concepto de los *derechos morales* o *droit moral*[119] de origen continental, que puede resumirse, en términos generales, como inclusivo del derecho del artista a que su obra se le atribuya *en la forma en que la creó.*» (El énfasis es nuestro).

---

114. Rosenthal Kwall, R., *op. cit.,* p. 1947.
115. *Id*., p. 1972.
116. Ginsburg, Jane C., «Have moral rights come of (digital) age in the United States?», 19 *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal,* 9 (2001).
117. Publicado en 27 *Hastings Law Review Journal* 1023 (1976). El caso «Buffet» ha sido descrito en el capítulo 10 de esta obra.
118. *William v. American Broadcasting Companies,* 538 F.2nd, 14 (2nd. Cir., 1976).
119. En francés en el original.

Si bien no se trató, estrictamente, de un caso de *destrucción* como los que estamos analizando (aunque la corte consideró que lo hecho por ABC constituía una *mutilación),* el caso es relevante por su expreso reconocimiento de la existencia de los derechos morales y del derecho a demandar contra la deformación de la obra de un artista sobre la base de aquéllos, no obstante el antecedente negativo del caso «Crimi».

El tercer hecho, en 1981, fue el escándalo público generado por la instalación, a instancias del programa *United States General Services Administration Arts-in-Architecture* del gobierno federal de los Estados Unidos, de la escultura llamada «Tilted Arc» de Richard Serra (Estados Unidos, 1939) en la Foley Federal Plaza (frente al Jacob Javits Federal Building) en Manhattan, la causa judicial consiguiente y la posterior destrucción de la obra.

La designación de Serra como autor de una escultura que se colocaría en dicha plaza fue una sugerencia de un panel de expertos del *National Endowment for the Arts* (un equivalente al Fondo Nacional de las Artes argentino).

Según el acuerdo entre Serra y el gobierno federal de los Estados Unidos, la obra, una vez instalada, pasó a pertenecer a la *General Services Administration*.

«Tilted Arc» consistía en un muro de acero de 3,5 metros de alto por 35 metros de largo, suavemente curvado, que, como una bisectriz, dividía la plaza en dos partes. La obra fue recibida con hostilidad por los residentes de la zona y por quienes debían atravesar la plaza, ahora bloqueada por la escultura, lo que llevó a una serie de protestas (incluyendo la firma de peticiones exigiendo su remoción) que culminaron en una serie de audiencias públicas.

La obra había sido especialmente diseñada por Serra (a la sazón, uno de los más grandes escultores vivientes[120] para esa ubicación específica (lo que en la jerga se denomina una obra *site-specific).* Esta característica de especificidad significa que cualquier obra de ese tipo no puede ser removida de la ubicación para la que ha sido destinada sin perder su significado: el sitio donde se encuentra instalada es uno de sus componentes fundamentales. Serra sostuvo públicamente que, dada la naturaleza de *site-specific* de «Tilted Arc», retirarla era equivalente a destruirla.

Como resultado de las audiencias, la obra fue desmontada y desarmada con sierras y sopletes y luego retirada del lugar el 15 de marzo de 1989, *pocos días después de que los Estados Unidos ratificaran la Convención de Berna*[121].

120. Su creciente prestigio lo llevó a recibir el Premio «Príncipe de Asturias» en 2010.
121. Una muy detallada descripción de la destrucción de «Tilted Arc» puede ser encontrada en Lerner y Bresler, *op. cit.,* p. 506.

Esa ratificación de la Convención de Berna por los Estados Unidos ocurrió en 1988[122], pero, en la dura opinión de Ginsburg[123], el Congreso rechazó implementar su artículo 6 *bis* –precisamente el que contempla los derechos morales de los artistas– bajo el «mentiroso» argumento de que el mosaico de normas federales y estaduales ya existente (relativas a contratos en general, copyright, calumnias e injurias, defensa de la competencia, etc.) brindaba suficiente protección a los derechos morales y colocaba a los Estados Unidos en situación de cumplimiento frente a las disposiciones de la Convención[124]. Estos argumentos ya habían sido desechados por Merryman en su obra sobre «The refrigerator of Bernard Buffet» ya mencionada.

Como resultado de la decisión de destruir «su» escultura (aunque, como se dijo, técnicamente pertenecía al gobierno de los Estados Unidos), Richard Serra inició un pleito contra el gobierno norteamericano[125], que ha sido considerado como «la controversia más notoria en torno a una escultura en la historia del derecho del arte»[126]. Antes de que se dictara la sentencia definitiva, sin embargo, la obra ya había sido destruida y desmontada. A pesar de que técnicamente podría ser reconstruida, Serra ha dicho que sólo permitirá que se la vuelva a erigir en el lugar originariamente destinado para ella, por lo que es casi seguro que jamás volverá a exhibirse[127].

Pero tanto el resultado del pleito (que desde el punto de vista práctico implicó la destrucción de la obra de Serra) como el escándalo resultante (pues las audiencias públicas ante el jurado incluyeron testimonios de artistas tan relevantes como el compositor Philip Glass (Baltimore, 1937), el artista Keith Haring (Reading, 1958-Nueva York, 1990) y el escultor Claes Oldenburg (Estocolmo, 1929) y también de personajes de toda laya que, entre otros epítetos, consideraron que «Tilted Arc» no era otra cosa que «una pared oxidada») crearon el ambiente propicio para una revisión de la legislación aplicable.

La cuestión acerca de si la legislación estadounidense satisfacía o no los requisitos de la Convención de Berna de 1886 con respecto a los derechos morales de los artistas adquirió notable relevancia. La doctrina favorable al reconocimien-

122. El senado de los Estados Unidos votó la adhesión a la Convención de Berna el 20 de octubre de 1988 (134 *Congressional Record* S 16939). La adhesión fue efectiva a partir del 1 de marzo de 1989, mediante la sanción de la «Berne Convention Implementation Act of 1988», *Pub. Law* nº 100-568, 102 Stat. 2853, (1988).
123. Ginsburg, *op. cit.*, p. 10.
124. En el mismo sentido, Bresler, Judith, «What is the Visual Artists Rights Act?», en *www.nycla.org/pdf/Art Law 2011 Book pt 2.pdf*, quien consideró que la ratificación de la Convención de Berna por los Estados Unidos fue «minimalista».
125. *Serra v. United States General Services Administration,* 847 F2d. 1045 (2nd. Cir.1988), *aff'd 667* F. Supp. 1042 (SDNY 1987).
126. Kamme, Michael, *Visual shock,* First Vintage Books, 2006, p. 239.
127. Véase «Tilted Arc», *http://en.wikipedia.org/wiki/Tilted_Arc.*

to de esos derechos sostuvo que, no obstante la ratificación de esa convención, ocurrida recién en 1988 (luego de más de un siglo de resistencia) «el país aún tenía que proteger los derechos morales en la misma medida que lo hacían los países de Europa continental»[128].

Para la ya mencionada profesora Rosenthal Kwall, «cuando la cuestión de los derechos morales surgió en 1988, junto con nuestra adhesión a la Convención de Berna, muchos creían que la protección separada de los derechos morales era innecesaria en razón de las leyes federales y estaduales preexistentes»[129].

Entre quienes continúan creyendo semejante cosa está, sin duda, Rigamonti, pues sostiene que la adopción del concepto continental de los derechos morales por parte de los países de derecho anglosajón constituyó un grave error y un paso atrás en la protección de los artistas, ya que las leyes sancionadas en los Estados Unidos y en Inglaterra a ese efecto, redujeron, en lugar de aumentar, la protección legal que aquellos merecen[130].

Así, pues, en 1990, el Congreso de los Estados Unidos sancionó la *Visual Artists Rights Act of 1990*[131] («VARA», por sus siglas en inglés), según algunos autores «para asegurar el cumplimiento de la Convención de Berna»[132]. Para gran parte de la doctrina, VARA implica el primer reconocimiento de los derechos morales en el derecho estadounidense[133]. Para otros (incluyendo el propio gobierno estadounidense)[134], «las leyes de propiedad intelectual de los Estados Unidos ya cumplían con el nivel mínimo de protección de los derechos morales exigido por el Artículo 6 *bis* de la Convención de Berna»[135]. Robinson cita a uno de los diputados que apoyó la sanción de VARA quien habría manifestado que «esta ley no debe ser vista como un precedente para la extensión de los así llamados derechos morales a otras áreas. Esta ley se refiere a una situación muy especial de un modo muy cuidadoso y deliberado»[136].

---

128. Yu, Peter, *op. cit.*, p. 14.
129. Rosenthal Kwall, R., *How fine arts fares post-VARA,* DePaul College of Law Center for Intellectual Property Law and Information Technology (CIPLIT), 2006, p. 1.
130. Rigamonti, *op. cit.*, p. 355.
131. 17 U.S.C. § 106A.
132. Yu, Peter, *loc. cit.*
133. Sherman, Robert J., «The Visual Artists Rights Act of 1990: American artists burned again», en 17 *Cardozo Law Review* 373 (diciembre 1995) incluye una lista de quienes opinan de ese modo.
134. Según el «Final report of the Ad-Hoc Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention» reproducido en 10 *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts* 1 (513) (1986); véase Damich, *op. cit.*, p. 96.
135. Chang, Ray Ming, «Revisiting the Visual Artists Rights Act of 1990: a follow up survey about awareness and waiver», 13 *Texas Intellectual Property Law Journal,* 129 (2005).
136. Robinson, C., *op. cit.,* p. 1936.

Debe reconocerse que VARA (sancionada el 1º de diciembre de 1990, entró en vigor el 1º de junio del año siguiente) fue aprobada sin un debate profundo, pues constituía un apéndice (introducido de sopetón) en una ley que creaba 85 nuevos juzgados federales.

Yonover cita a George C. Smith, asesor legal de la minoría en el Subcomité de Tecnología y Derecho del Senado de los Estados Unidos, quien describe el nacimiento de VARA en los siguientes términos: «el último día de sesiones de 1990, se aprobó una ley muy importante que creaba 85 nuevos juzgados federales. Para aplacar a los senadores que podían llegar a bloquear su sanción, sus proponentes se vieron obligados a incluir varios temas no vinculados con ella. La ley sobre los juzgados federales se convirtió así en un «árbol de Navidad»: un vehículo para sancionar otras leyes que nunca habrían sido aprobadas por sí solas. Uno de los adornos navideños de ese árbol era una aparentemente inocua disposición conocida como la Ley de Derechos de los Artistas Visuales. El senador Edward Kennedy la había estado promoviendo por años y finalmente había sido aprobada por la cámara baja. Pero el proyecto no había sido aprobado por el Comité Judicial del Senado, donde enfrentaba oposición de parte de algunos miembros del Partido Republicano. El proyecto fue finalmente aprobado por la Cámara en pleno sólo gracias a su vínculo con la ley sobre creación de juzgados. Los pocos senadores republicanos que se oponían no estaban dispuestos a bloquear la creación de 85 cargos de jueces federales sólo para impedir la aprobación de una norma que parecía afectar a un escaso grupo de interesados. Sin una sola palabra de debate o discusión, la ley sobre los artistas fue sancionada. La falta de debate es lamentable, porque la nueva ley *constituye uno de los más grandes reacomodamientos del derecho a la propiedad privada jamás sancionado por el Congreso, aunque dentro de un contexto muy especializado. La ley otorga a los artistas un derecho continuo a restringir el uso y disposición de las obras de arte que hayan vendido a particulares*[137].

Una irónica crónica periodística describe así la sanción de la ley: «¿Alguna vez usted oyó hablar de la «Visual Artists Rights Act of 1990»? Muchos miembros del Congreso tampoco. Auspiciada por Robert W. Kastenmeier, diputado demócrata de Wisconsin, en la Cámara baja y por Edward Kennedy, senador demócrata de Massachusetts en el Senado, el proyecto de ley languideció por largo tiempo hasta el último minuto del período legislativo de 1990. El 27 de octubre de ese año, el último día de sesiones del Senado, Kennedy lo agregó a otro proyecto de ley que creaba 85 nuevos juzgados federales. Un poco después de la medianoche del tumultuoso 28 de ese mes, el Senado, por voto cantado, aprobó el proyecto.

137. Smith, George C. *Let the buyer of arts beware: artists' moral rights trump owners' property rights under the VARA,* Recorder, 10 de enero de 1991, p. 4, citado por Yonover, Geri, «The "dissing" of Da Vinci: the imaginary case of Leonardo v. Duchamp: moral rights, parody and fair use», 29 *Valparaiso University Law Review* 935 (1995), disponible en *http://scholar.valpo.edu/vulr/vol29/iss2/8*. Ver también Robinson, *op. cit.,* p. 1975.

Nunca se pasó lista de los presentes. El presidente Bush la promulgó, pues necesitaba esos cargos judiciales con urgencia. Y así VARA *aterrizó* en el Título 17 del U.S. Code»[138].

VARA, a diferencia de la amplia protección que la legislación continental y la Convención de Berna otorgan a todos los creadores intelectuales mediante las normas sobre derechos morales, brinda una protección *limitada* y solo a *algunos* artistas. La doctrina es conteste en objetar la limitación de esa protección[139], aunque Rigamonti sostiene que si bien VARA sigue la ortodoxia de los derechos morales mucho más estrictamente que el derecho inglés, por ejemplo, «lo hace sólo con respecto a un excepcionalmente limitado grupo de obras de arte»[140].

En efecto, VARA sólo se aplica a obras en ediciones limitadas (hasta 200 ejemplares), firmados y numerados o a obras únicas. La ley ampara exclusivamente pinturas, grabados, esculturas e imágenes fotográficas producidas «solo con fines de exhibición», y específicamente excluye categorías como películas cinematográficas, *posters,* mapas, dibujos técnicos y obras hechas por encargo.

VARA reconoce dos tipos de derechos morales: el derecho de atribución (que no es relevante a los efectos de este trabajo) y el de integridad: los artistas tienen el derecho a evitar la **distorsión o mutilación** de su obra *que pueda afectar su honor o reputación,* e impedir la **destrucción intencional** (dolosa, diríamos bajo el derecho continental) o por negligencia de toda obra *de reconocida relevancia*[141]. Las modificaciones o alteraciones originadas por el paso del tiempo o resultantes de la presentación, conservación o de la propia naturaleza de la obra no dan derecho a protección.

Nótese entonces la sustancial diferencia establecida por la norma legal estadounidense: *mientras que para sancionar la distorsión o mutilación es necesario demostrar la afectación del honor y la reputación, la sanción a la destrucción de la obra de arte sólo procede en el caso de que ésta tenga reconocida relevancia.*

El plazo de duración de la protección otorgada por VARA depende de la fecha de creación de la obra. Así, aquellas anteriores al 1 de junio de 1991 (fecha de entrada en vigor de la ley) están amparadas por el mismo plazo de protección que otorgan las leyes de copyright, en la medida que el artista no las haya transferido a terceros antes de esa fecha. En el caso de estas obras anteriores a la ley, ésta tampoco ampara los daños ocurridos antes de su entrada en vigencia. Para el caso de obras creadas con posterioridad a la sanción de la ley, la protección subsiste

138. *Deseret News,* Deseret, Utah, 29 de enero de 1996, disponible en *http://www.deseretnews.com/article/468555/TRIO-FINE-TUNES-ART-OF-LITIGATION-IN-BATTLE-OVER-FATE-OF-SCULPTURE.html?pg=all.*
139. Rosenthal Kwall, *How fine arts..,* p. 1; Sherman, R., *loc. cit.*; Ginsburg, *loc. cit.*; etc.
140. Rigamonti, *op. cit.,* p. 405.
141. Así hemos traducido los términos «*of recognized stature*» que utiliza VARA. Seguramente puede haber traducciones más precisas.

durante toda la vida del artista. La protección solo puede dispensarse mediante un documento escrito emanado del autor.

Para Sherman[142], «VARA protege sólo un reducido tipo de obras de arte, definido de modo estricto, y enfáticamente establece que no es su propósito proteger el amplio espectro de obras originales que gozan de protección bajo la Convención de Berna o bajo la ley estadounidense de 1976 sobre copyright. Las obras protegidas por VARA son descriptas como "obras de arte visual", un nuevo término legal dentro del más amplio concepto de "obras pictóricas, gráficas o escultóricas" protegidas por la Ley de Copyright. [...]. Esta "maniobra definicional" muestra que los redactores de VARA se mantuvieron alejados de posibles enemigos en las industrias editorial y cinematográfica, al definir [...] una lista que especifica qué obras no pueden ser consideradas "obras de artes visuales". En esa lista se incluye casi cualquier obra que pueda ser concebida como comercialmente explotable y susceptible de ser protegida por copyright. [...] La amplitud de esa lista tuvo, sin duda, la intención de aplacar cualquier oposición por parte de las industrias fílmica y editorial...».

Pero quizás la característica más notable de VARA, frente al contexto jurídico estadounidense de la época, en palabras de Robinson, es «el aspecto revolucionario de VARA [...] que el artista retiene [los derechos morales] a lo largo de su vida, aún cuando la obra original merecedora de protección ya no sea de su propiedad»[143].

En cuanto nos interesa, algunos fallos judiciales han tenido ocasión de expedirse sobre el reducido alcance del derecho a la integridad creado por VARA. Así, en el caso «Philips c. Pembroke Real Estate»[144], se resolvió que un escultor podía oponerse a la modificación de un parque público que alteraba las esculturas creadas especialmente para el lugar («*site specific*»[145]), pero que la ley no le daba derecho a dictar el lugar de su colocación.

El caso «Flack v. Friends of Queen Catherine, Inc.»[146] planteó una interesante controversia entre la reconocida escultora Audrey Flack (Estados Unidos, 1931) y una asociación civil que le había encargado una escultura en homenaje a la Reina Catalina (quinta mujer de Enrique VIII) para un monumento que sería erigido en Nueva York. La artista preparó un modelo en yeso, que la comitente consideró inadecuado. Mientras se resolvía la cuestión, aquél fue dejado a la intemperie por la empresa encargada del montaje de la escultura. Obviamente, se dañó. La empresa

142. Sherman, *op. cit.,* p. 409.
143. Robinson, *op. cit.,* p. 1935.
144. 288 F.Supp.2nd., 89 (D. Mass 2003), citado por Rosenthal Kwall, R. en *How fine arts...*, p. 3.
145. Giunta, *op. cit.,* pp. 78 y 79, especialmente nota 25.
146. 139 F.Supp. 2nd, 326 (SDNY, 2001), *id.*

pidió a un asistente de Flack que reparara los daños, pero sin consentimiento de la artista. Ésta demandó a todas las partes involucradas.

El fallo es relevante porque el tribunal, en primer lugar, consideró que el modelo de yeso era, efectivamente, «una obra de artes visuales», dentro de la acepción de VARA, a pesar de que el texto legal expresamente excluye a «los modelos»: el tribunal consideró que la definición legal no excluía obras merecedoras de protección solo por ser parte de un proyecto mayor. Pero aunque rechazó el reclamo de fondo contra la empresa, con el argumento de que el deterioro debido a la intemperie no constituía «una modificación intencional» que pudiera dar derecho a resarcimiento, lo admitió contra el asistente, puesto que entendió que sus intentos de restauración constituyeron «una grave negligencia»[147].

13. UN PUNTO CLAVE: LOS ASPECTOS OBJETIVOS DE VARA

VARA contiene, en nuestra opinión, dos aspectos sumamente relevantes para lo que nos interesa (esto es, la necesidad de encontrar limitaciones al derecho a la integridad de la obra de arte para resolver, de ese modo, «el dilema de Landet» y dar legitimidad a la «resignificación» de obras de terceros).

Esos aspectos, ya mencionados, son dos: (a) *la exigencia de que la mutilación afecte el honor o la reputación del artista* y (b) *que la obra de arte destruida por dolo o culpa grave sea de reconocida relevancia.*

De esos dos aspectos, hay uno que también está contemplado por las disposiciones de la Convención de Berna, que es el relativo a la afectación del honor o la reputación del artista. Pero la legislación estadounidense introduce un perfil objetivo que, en nuestra opinión, adquiere sustancial relevancia: **la reconocida relevancia de la obra.**

Para desentrañar el sentido de estos dos aspectos de la legislación estadounidense, es útil analizar un precedente jurisprudencial de ese país, «Carter v. Helmsley-Spear, Inc.»[148], uno de los primeros casos resueltos luego de la sanción de VARA y en el que se consideraron varios e importantes aspectos de esa ley.

Los hechos fueron los siguientes (y seguimos, en líneas generales, la crónica periodística aparecida en su momento en el diario *Deseret News*[149]): tres escultores estadounidenses (John Francis Carter[150], John Meade Swing y John James

147. El fallo también denegó el derecho de Flack a terminar la obra de acuerdo a su visión del tema. Nótese, en este punto, la diferencia con la sentencia francesa ya mencionada que otorgó a Dubuffet el derecho a que su escultura fuera terminada por Renault.
148. *Carter I,* 861 F. Supp., 303.
149. *Deseret News, op. cit.*
150. Este John Francis Carter, estadounidense, no debe confundirse con el artista inglés homónimo que ha expuesto reiteradamente en la Royal Academy of Arts de Londres con

Veronis) trabajaban juntos como un colectivo llamado «3Js» («Tres jotas») o «Jx3» («Jota por tres»).

En diciembre de 1991, una subsidiaria de Helmsley-Spear Inc. encargó al grupo el diseño, montaje e instalación de una escultura en el *lobby* de un edificio en Queens, uno de los *boroughs* de Nueva York, tarea que los tuvo ocupados durante veintisiete meses. Cuando en abril de 1994 el comitente cayó en insolvencia, sus empleados ordenaron a los tres artistas que se retiraran del lugar y que, de no hacerlo, serían considerados intrusos; además les informaron que la escultura sería demolida y quitada del lugar. Los escultores recurrieron a los tribunales, citando las disposiciones de VARA en su apoyo.

En mayo de ese año, el juez de primera instancia David N. Edelstein concedió una medida cautelar de no innovar contra Helmsley-Spear que impedía alterar la escultura. Tres meses más tarde, la cautelar fue extendida, convirtiéndose en un «*permanent injunction*», que perduraría hasta tanto viviera el último sobreviviente de los tres artistas.

La obra en cuestión era bastante espectacular, pues se centraba en el concepto de la preservación del planeta por medio del uso de materiales reciclados. Entre sus elementos había una mano gigante construida con partes de un ómnibus escolar, un rostro humano hecho con partes de automóviles y un gran mosaico de vidrio reciclado en el piso y las paredes circundantes

En razón de lo que dispone el propio texto legal, una de las cuestiones que el juez Edelstein debió resolver fue la existencia o no de la «reputación» de los artistas (pues se trataba de un caso de *mutilación),* lo que llevó a obtener declaraciones testimoniales en defensa (o para criticar) las credenciales profesionales de los tres escultores.

Dos profesores de arte (Robert Rosenblum, de la New York University, y Aedwyn Darroll, de la Parsons School of Design y del Fashion Institute of Technology de Nueva York) alabaron la obra. Jack Shainman, director de una galería de arte contemporáneo, sostuvo que el desmantelamiento de la escultura dañaría la reputación del grupo «Tres Jotas». Hilton Kramer (Massachussets, 1928-Maine 2012), el principal crítico de arte del *New York Times* y comentarista de arte en *The New Criterion,* por su parte, sostuvo que «alterar la escultura no afectaría negativamente la reputación de los demandantes porque, en su opinión, no tenían ninguna». Según algunos comentaristas, la reconocida aversión al arte contemporáneo

---

grandes elogios de la crítica. (Ver *http://abstractcritical.com/note/john-carter-between-painting-and-sculpture/*). Este comentario es relevante frente a la manifestación de Milton Kramer (mencionada más adelante) de que ninguno de los integrantes de Jx3 tenía reputación alguna para defender.

de Kramer afectó la imparcialidad de su testimonio, al extremo que el juez lo tildó de «miope»[151].

Helmsley-Spear apeló, y el 1 de diciembre de ese mismo año la Cámara de Apelaciones revocó la orden de no innovar, sobre la base de que VARA excluye de su protección las «obras por encargo» y, en el caso, los artistas percibían un salario semanal del comitente y éste proveía los materiales[152].

De todas maneras, y más allá de lo resuelto por la Cámara, los criterios utilizados por el juez Edelstein en el caso «Carter» para determinar la existencia de la «reputación» de los artistas y de la «relevancia» de la obra siguen siendo aplicables, dada la inexistencia de otros precedentes al respecto y el hecho de que la Cámara de Apelaciones no se manifestó al respecto.

Con respecto a la «reputación» (requisito aplicable para los casos de mutilación), el juez entendió que no había que ir más allá de la definición que dan los diccionarios de este término, con el argumento de que el legislador no se propuso establecer definiciones específicas. De este modo, sostuvo que hasta los artistas poco conocidos tienen honor y reputación merecedores de protección legal. VARA, en opinión del juez, exige concentrarse en el honor o la reputación del *artista* (y no de la *obra)* tal como están incorporados en la obra a proteger. Sobre la base de este criterio amplio y de las declaraciones testimoniales mencionadas, el juez sostuvo que la distorsión, mutilación o modificación intencional de la obra de arte «dañan la reputación del artista».

Y sobre la «reconocida relevancia», exigible en los casos de destrucción de obras de arte, el juez Edelstein estableció un doble estándar para su reconocimiento: *(a) una obra de arte será relevante cuando sea percibida como meritoria y (b) cuando el mérito sea reconocido por expertos en arte, otros artistas o algún sector de la sociedad.* Este estándar ha sido reiteradamente reconocido y citado como pauta a seguir en todos los casos regidos por VARA en los que se discute acerca de la existencia o inexistencia de la «reconocida relevancia».

La «reconocida relevancia», en el contexto de la ley, tiene como objetivo evitar pleitos innecesarios y proteger de la destrucción sólo aquellas obras de arte valoradas por la sociedad. La existencia de esas pautas, en opinión del juez, puede y debe ser demostrada por peritos, antes que por el juicio estético subjetivo del juzgador.

En la búsqueda de la existencia del doble estándar de la «reconocida relevancia», el juez Edelstein recordó que la historia legislativa de VARA demuestra que el propósito de su sanción fue el de conservar las obras de arte, antes que

151. Robinson, *op. cit.,* p. 1949.
152. *Carter II,* 852 F. Supp., 228 (SDNY, 1994). Más detalles pueden encontrarse en *http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/integrity/Links/Cases/carter.html.*

favorecer o permitir su destrucción, por lo que se imponen criterios amplios al determinar o no su existencia.

La «reconocida relevancia» ha merecido un detallado análisis por Christopher Robinson en «The "Recognized Stature" Standard in the Visual Artists Rights Act» que hemos citado varias veces, que menciona los casos jurisprudenciales en los que se ha tratado la cuestión y refinado el concepto de «reconocida relevancia».

Además del caso «Carter» ya mencionado, Robinson analiza un segundo caso jurisprudencial, «Pavia v. 120 Avenue of the Americas Associates»[153], que, aunque también se refiere a la «reconocida relevancia», lo hace de modo marginal (pues la demanda se rechazó por cuanto el reclamo, basado en la mutilación de una obra de arte, no caía dentro del marco temporal de protección otorgado por VARA). Allí se entendió que una obra era «de reconocida relevancia» cuando la crítica y el periodismo la consideraban notable. En el caso, se discutía acerca del derecho del propietario del Hotel Hilton de Manhattan (Nueva York) de desarmar «Los idus de marzo», una escultura de Philip Pavia (Estados Unidos, 1911-2005) instalada en el *lobby* desde 1963, y reinstalar sólo partes de ella en 1988 en la recepción de una planta de almacenaje en Queens[154].

Otra sentencia mencionada por Robinson es la recaída en «Lubner v. City of Los Angeles»[155] que amplió las facultades judiciales al validar el criterio de «*reconocida relevancia por inferencia*»: si el artista es reconocido como tal, ha de aceptarse que su obra es relevante.

El caso es tragicómico (un comentarista lo definió como un típico caso hipotético para un examen de derecho): a mediados de la década de 1990, un camión de basura de la ciudad de Los Ángeles se desbarrancó y destruyó la casa de Martin y Lorraine Lubner, un matrimonio de artistas, donde estaba depositada toda su producción (pinturas, dibujos y grabados), resultado de toda una vida de trabajo. Ambos demostraron que, desde 1960, sus obras eran exhibidas con frecuencia en Europa y los Estados Unidos y que integraban numerosas colecciones públi-

153. 901 F. Supp. 620 (S.D.N.Y. 1995).

154. Robinson, *op. cit.,* p. 1952. «Los idus de marzo» ha sido considerada una de las obras más representativas de Pavia. Éste, contemporáneo y amigo de artistas como Robert Motherwell, Willem de Kooning, Jackson Pollock y Leo Castelli, instaló su obra, formada por cuatro grandes bloques de bronce en forma de diamantes, en la entrada del Hotel Hilton de Manhattan, donde estuvo expuesta por 25 años. Luego se la trasladó al edificio «Hippodrome», no lejos de allí, donde se la exhibió por otros quince años. Según una versión periodística, ligeramente distinta de la reseñada por Robinson, «Los idus de marzo» fue desarmada para ser trasladada al museo de Hofstra University, y mientras estaba en depósito, tres de los cuatro bloques desaparecieron. Un comerciante de chatarra que leyó las noticias periodísticas al respecto, y que las había comprado a un vendedor desconocido, los devolvió.
Véase *http://www.nytimes.com/2005/04/15/arts/design/15pavia.html?_r=0.*

155. 53 Cal. Rptr. 2d., 24 (Corte de Apelaciones de California, 1994).45 Cal. App. 4th. 525.

cas y privadas. También probaron tener nutridos antecedentes académicos en la University of Southern California, en UCLA y otras instituciones. Aunque VARA exige que *la obra destruida y no el artista* sea relevante, el tribunal aceptó el punto de vista de que las obras destruidas incluían obras relevantes. (En gran parte, la demanda fue rechazada ante la inexistencia de una acción intencional o de un caso de culpa grave –en los países de derecho continental diríamos que se trató de un *caso fortuito*– y por la imposibilidad de reclamar daño moral *[emotional distress])*[156].

En un tercer caso mencionado por Robinson, «English v. BFC & R East 11th St. LLC»[157], como *obiter dictum,* el juez sostuvo que la determinación acerca del honor, la reputación y la reconocida relevancia eran elementos que se definían sólo sobre la base de la credibilidad de los testigos propuestos por cada una de las partes. (Según un comentarista, la confianza del juez en uno de los testigos se vio comprometida cuando éste sostuvo que el descascaramiento de un mural no era el efecto de la exposición de la obra a los elementos sino parte integral del tema de la obra, centrado en la decadencia y el paso del tiempo).

En un cuarto precedente, «Hanrahan v. Ramírez»[158], se resolvió que la «reconocida relevancia» no era necesariamente el resultado de la fama o reconocimiento que merecía su autor o del tratamiento brindado por la crítica profesional especializada, sino de su *impacto en la comunidad local.* En el caso, en 1997, un maestro y una multitud de jóvenes de un barrio pobre pintaron un mural de 4,50 x 22 m sobre la medianera de un negocio de venta de bebidas alcohólicas. Tres años más tarde, el propietario lo blanqueó y reemplazó por un cartel publicitario de su propio negocio. El actor, que demandó sobre la base de la prohibición de mutilar y destruir obras de arte contenida en VARA, obtuvo una indemnización por daños y el derecho a restaurar el mural. A pesar del humilde origen de la obra, la prueba demostró que, en 1996, el mural había sido elegido como uno de los cincuenta mejores proyectos a nivel nacional orientados a alejar a la juventud de los peligros de las drogas y el alcohol. Y cuando fue destruido hubo manifestaciones de protesta. Estos elementos, junto con el contenido político de la obra, fueron reconocidos como determinantes de su «reconocida relevancia».

Como puede observarse, el concepto de «reconocida relevancia» tiene límites difusos, y los precedentes jurisprudenciales ya citados, por lo general, proporcionan pautas genéricas y no demasiado específicas. El doble estándar del juez Edelstein en el caso «Carter» tampoco resulta determinante.

---

156. Una descripción detallada del pleito puede encontrarse en Merryman y Essen, *Law, Ethics and the Visual Arts,* Kluwer Law International, La Haya, 4ª Ed., 2002, p. 345.
157. N°. 97 Civ. 7446, 1997WL 76444 (SDNY 3 de diciembre 1997).
158. N°. 97-CV-7470 (C.D. Cal. 3 de junio de 1998); *Intellectual Property Litigation Report,* 8 de julio de 1998, p. 3.

Prueba de ello es el último precedente jurisprudencial citado por ROBINSON: «Martin v. City of Indianapolis»[159]. Jan Randolph MARTIN, un escultor de Indianápolis, creó una gigantesca escultura llamada «Sinfonía No. 1», que instaló en un lote de tierra de propiedad de su empleador y gracias a una excepción urbanística otorgada por la municipalidad local. La ordenanza de excepción preveía un preaviso de tres meses para el caso que la escultura fuera «incompatible» con el destino del lote o éste debiera ser puesto a la venta. Cuatro años más tarde la ciudad decidió urbanizar el lote y a pesar de los intentos de MARTIN de donar la escultura al gobierno municipal, éste ordenó su demolición.

Cuando MARTIN demandó a la Municipalidad de Indianápolis, ésta argumentó que la obra carecía de «reconocida relevancia», y que la prueba respectiva producida por MARTIN era exclusivamente documental y no incluía prueba testimonial. (Los documentos provistos por MARTIN evidenciaban que la obra había sido elogiada en artículos periodísticos y premiada en varios concursos mientras que el *Indiana Arts Commission Quarterly* la había citado como un ejemplo de obras de arte en lugares públicos. Otros documentos favorables a la relevancia de la obra provenían del director de la galería de arte de la Escuela de Arte de la Universidad de Indiana y del crítico especializado del *Indianapolis Star).*

El juez interviniente hizo lugar a la demanda. Su sentencia incluyó una referencia al doble estándar del caso «Carter», pero no fue claro en su aplicación. Sostuvo que la prueba acompañada era admisible pues sólo intentaba demostrar la opinión personal de críticos, profesores de arte y el público en general, pero no pretendía probar *el mérito intrínseco* de la obra. Para el juez, «el elemento crítico de la «reconocida relevancia» exige la opinión comunitaria acerca de la obra de MARTIN, y no determinar si la obra tiene méritos intrínsecos».

Apelada la decisión por la Municipalidad sobre la base de la insuficiencia de la prueba acerca de la «reconocida relevancia» de la escultura, la sentencia fue confirmada por mayoría. Los jueces rechazaron el punto de vista esgrimido por la ciudad de Indianápolis de que el estándar del caso «Carter» era, en rigor, más riguroso que el previsto por el legislador, y lo consideraron aplicable para dilucidar este tipo de casos. Al hacerlo, entendieron que la prueba documental era suficiente evidencia para demostrar que «Sinfonía No. 1» era una obra reconocida y que los firmantes de los documentos presentados consideraban que la obra tenía méritos suficientes.

Para la minoría, sin embargo, el estándar del caso «Carter» no se alcanza cuando sólo se produce prueba documental, pues ésta demuestra sólo que la obra es conocida como tal, pero no que tiene «reconocida relevancia», para lo que es necesaria la prueba de peritos. La «reconocida relevancia», para la minoría, sig-

159. 982 Fed. Supp. 625 (SD Ind., 1997) y 4 F. Supp. 2d. 808 (SD Ind. 1998); 192 F.3rd. 608 (Séptimo Circuito, 1999).

nifica que la obra de arte alcanza «altos niveles de calidad». Sostener lo contrario, significaría someter a donatarios y adquirentes de obras de arte a la obligación de convertirse «en curadores perpetuos de obras de artes visuales que perdieron su encanto (o que quizás nunca lo tuvieron)».

En resumen, la exigencia probatoria acerca de la «reconocida relevancia» que exige VARA para sancionar los casos de destrucción de obras de arte ha variado caso por caso. Mientras que en «Carter» resultó necesario aportar prueba de peritos acerca de dicha relevancia, en «Lubner» ese elemento se obtuvo por inferencias y en el recién mencionado caso «Martin» la prueba documental fue considerada suficiente por sí misma. Lo cierto es que, como dice Robinson, «los jueces son conscientes de que su papel no es el del crítico de arte, pero que deben valorar obras de arte que, por lo general, son de gran porte, con una gran carga política y estéticamente provocativas»[160].

Para quienes consideran que VARA representa la introducción en el derecho estadounidense de los derechos de los artistas sobre el fruto de su habilidad y de sus esfuerzos, el requisito de la «reconocida relevancia» para obtener una indemnización a raíz de la destrucción de la obra de arte es una anomalía. Además, impone sobre los tribunales la carga de tomar decisiones sobre la base de criterios estéticos.

Un curioso e interesante trabajo del profesor estadounidense Geri Yonover ha analizado cuál sería el posible resultado de un hipotético pleito en los Estados Unidos, regido por las reglas de VARA, en el que Leonardo da Vinci acusara a Duchamp de violar sus derechos morales a raíz de haber «mutilado» el retrato de la Mona Lisa al añadirle barba y bigotes. En primer lugar, Da Vinci (si estuviera vivo y la Mona Lisa hubiera sido creada después del 1 de junio de 1991), debería demostrar que la litografía que Duchamp «resignificó» es una «obra de artes visuales» protegida por VARA (lo que no debería resultar difícil). Tampoco sería difícil demostrar que la actitud de Duchamp fue intencional, toda vez que éste confesó su actitud de convertir a la Gioconda en objeto de una broma «risqué».

Más complejo debería ser para el artista italiano demostrar que los bigotes de la Mona Lisa son «perjudiciales para su honor y reputación» (de Da Vinci, no de la Mona Lisa). El mensaje de elevación de VARA, con respecto a ese «vago lenguaje» sugiere que «los tribunales deberían enfocarse en el honor o reputación artística o profesional [del artista] personificado en la obra a proteger. Aun cuando no se establece una regla *per se,* la modificación de una obra de *reconocida entidad* generalmente se considerará dañina para el honor o la reputación.

«Basado en este estándar amorfo», dice Yonover, «no es claro qué debería probar Da Vinci: ¿Que las galerías no le permiten exhibiciones individuales? ¿Que el precio de las otras Mona Lisa en la serie de litografías se ha derrumbado?

160. Robinson, *op. cit.,* p. 1957.

¿Que el crítico del *New York Times* ahora considera esas litografías como banales y objeto de burla? ¿Que no se le encargan más retratos? ¿Que se le pidió la renuncia como miembro de la Sociedad de Artistas Post Renacentistas de Valparaíso, Indiana? ¿Que ninguna galería acepta sus trabajos, ya sea en consignación o en venta? Muchos comentaristas (y estamos de acuerdo con ellos) concuerdan en que este estándar subjetivo puede generar problemas probatorios de imposible solución, pero seguramente se podrá recurrir a la prueba de peritos para demostrar que la modificación afectó el honor o la reputación del artista»[161].

14. LOS EXTREMOS DEL DEBATE ACERCA DE LOS DERECHOS MORALES

No obstante las críticas mencionadas en el capítulo anterior, la aplicación de criterios subjetivos ***relativos a la obra de arte*** para establecer o determinar el alcance de la protección de la obra de arte bajo los amplios términos del artículo 6 *bis* de la Convención de Berna nos parece necesaria.

En efecto, tal como resulta de los términos amplísimos en que está formulada esa protección en la actualidad y su mayoritaria interpretación jurisprudencial, parecería que el único requisito para que la «deformación, mutilación, modificación de una obra de arte» o un «atentado» contra una obra de arte esté prohibido (u otorgue derecho a una indemnización en caso de ocurrir) es que esa obra sea calificada como tal por el propio artista. Y, en el estado actual de la jurisprudencia continental, la determinación acerca del status o naturaleza del autor recae solamente en el juez.

No hay, como dijimos, pauta alguna que limite el criterio judicial. Sin embargo, como mencionáramos en el capítulo 10 de este trabajo, al comentar el caso «Jorge», los jueces argentinos (esto es, magistrados para quienes las disposiciones de VARA son absolutamente ajenas) introdujeron aspectos objetivos para aplicar la protección amplia otorgada por la Convención de Berna, al exigir cierto *reconocimiento de la obra de arte,* en términos curiosamente similares a los de VARA, y no ya *del artista.*

En el mismo sentido, la doctrina italiana, con criterios restrictivos, reconoce la existencia de «una tendencia «normal» a la utilización de obras de arte de terceros sin la presencia de modalidades descalificantes, lo que la lleva a rechazar acciones acerca de supuestas violaciones al derecho a la integridad [...]. Entre otros potenciales actos dañosos, señala la doctrina, hasta el traslado de una obra de arte figurativo del sitio individualizado para su colocación podría dar lugar a una lesión al derecho a la integridad, pero ello debería ocurrir sólo si de la trans-

161. Yonover, Geri, «The "dissing" of Da Vinci: the imaginary case of Leonardo v. Duchamp: moral rights, parody and fair use», 29 *Valparaiso University Law Review* 935 (1995), esp. p. 966.

ferencia pudiera derivarse un daño a la obra misma o un perjuicio al honor y a la reputación del artista...»[162].

Existe otro elemento a tomar en cuenta al cuestionar el alcance irrestricto de la Convención de Berna, estrechamente vinculado con el *sentido* de la destrucción. Lo ha puesto de relieve, en particular, y con notable énfasis, el artículo de la Profesora Amy Adler, de la New York University al cual ya hemos hecho referencia: «Against moral rights»[163] y al que nos vemos obligados a regresar para buscar las necesarias bases teóricas que permitan resolver «el dilema de Landet».

Ese otro elemento es el sentido o valor de la destrucción o mutilación de la obra de arte.

Si bien el propósito del artículo de la Profesora Adler es objetar la incorporación del concepto de derechos morales a la legislación de los Estados Unidos, (pues, entre otras consideraciones, sostiene que, con el argumento de proteger el arte, los derechos morales, por el contrario, lo ponen en peligro) su aporte doctrinario constituye también un interesante estudio acerca de las implicancias propias que la destrucción o mutilación han adquirido en el mundo del arte.

El artículo en cuestión comienza con tres frases de reconocidos críticos, ensayistas y artistas: «*el arte se ha convertido en un sinónimo de la destrucción del arte*», del filósofo y sociólogo de la ciencia Bruno Latour (Francia, 1947); «*para imaginar un arte nuevo uno debe romper el arte antiguo*», del escritor y crítico de arte Marcel Schwob (Francia, 1867-1905) y «*un cuadro es la suma de sus destrucciones*» nada menos que de Pablo Picasso (España, 1881-1973). Sin duda alguna, semejantes declaraciones no constituyen una base endeble para el análisis que habrá de seguir.

Según Adler, el derecho no ha reconocido aun el papel definitorio que la destrucción de la obra de arte ha adquirido en las prácticas artísticas contemporáneas. «*Hay un valor artístico en la modificación, desfiguración y aun en la destrucción de obras de arte. En efecto, estas acciones quizás reflejen la esencia de la creación artística contemporánea*». Adler reconoce que hay quienes puedan considerar «repugnante» dicha afirmación (y veremos más adelante la posición contraria de autores como Joseph L. Sax), y que muchas veces la destrucción puede carecer de sentido artístico, como cuando acompaña cambios de regímenes políticos o procesos revolucionarios (para lo cual, podríamos remontarnos a los casos expuestos al comienzo de este trabajo).

La doctrina de los derechos morales asume que el interés público en las obras de arte es permanente, uniforme y rápidamente identificable. Sin embargo, para Adler ello no es necesariamente así. Pone como ejemplo el caso de un monumento levantado muchos años atrás en la ciudad de Nueva Orleáns en homenaje

162. Musso, *op. cit.,* p. 177.
163. Adler, *op. cit.,* p. 263.

al racismo. Por un lado, existía un vehemente interés público en eliminarlo, para evitar la apariencia de apoyo hacia esa política y repudiar públicamente el pasado racista de la ciudad. Pero al mismo tiempo, destruir ese monumento implicaría la pérdida de un elemento histórico susceptible de estudio y análisis y del recuerdo de la necesidad de combatir el racismo.

En consecuencia, y para ese caso concreto, Adler propone como mejor alternativa «la destrucción creativa»: la «intervención» del monumento por los opositores del racismo para «crear» una nueva obra vandalizando la anterior (cosa que, señala, efectivamente ocurrió en 2004 cuando grupos antirracistas atacaron el monumento, desfigurándolo con pinturas y grafittis). Para Adler, «esa mutilación preserva la memoria del pasado, pero con una fuerte manifestación de repudio, lo que permite la coexistencia de ambos mensajes». Según esta autora, lo mismo ha ocurrido en Alemania con monumentos que representaban ideas nazi fascistas.

Según la autora, existen vitales intereses artísticos (no ya sociales o políticos) en alterar, vandalizar y hasta destruir obras de arte. Más aún: «la destrucción [de la obra de arte] no es simplemente algo ocasionalmente valioso, sino, por el contrario, *una cualidad esencial del arte mismo*. Esto se debe a una sorprendente novedad en la historia del arte: *el "arte", como categoría, ha terminado por referirse a su propia y metafórica destrucción*. Si aceptamos este precepto –continúa explicando Adler– entonces la destrucción física de la obra de arte se convierte en una poderosa expresión de la esencia metafórica del arte, un concepto central del arte contemporáneo».

Obviamente, señala Adler, una cosa es llevar a cabo esas actividades sobre *reproducciones* (más allá de los efectos que ello pueda tener bajo las leyes de copyright) y otra muy distinta sobre una obra original. Es fácil, dice Adler, explicar el dibujo de Duchamp sobre una tarjeta postal que reproduce la «Mona Lisa» en su famosa obra «LHOOQ»[164], pero bastante más difícil resulta justificar hacer un dibujo sobre la tela de la auténtica obra de Da Vinci.

La «Mona Lisa» es una obra maestra, una pieza única, parte del patrimonio cultural de la humanidad, a pesar de que sus infinitas reproducciones han elimi-

164. Adler se refiere al *ready made* concebido por Duchamp en 1919, y que consistió en agregar bigotes y barba a la imagen de la Mona Lisa reproducida en una tarjeta postal de bajo precio, y al que ya nos hemos referido en una nota anterior. La tarjeta en sí, que normalmente no debería ser considerada una obra de arte, (por tratarse de un objeto utilitario) es transformada en un objeto artístico a través de su «re-denominación» y colocación en un contexto específico, como una galería de arte. Un ejemplar de la tarjeta en cuestión está expuesto en el Museo Nacional de Arte Moderno (Centro Pompidou) en París. Nótese que, en cierto modo, la tarjeta podría equipararse a los retazos de lienzo que «re-denominados» o resignificados por Landet adquieren un «valor» (no necesariamente monetario) a través de su intervención (destrucción) e inserción en el contexto de una galería de arte o una exposición.

nado lo que Walter Benjamín llamaba «su aura», hasta convertirla en «invisible en el presente» según el ensayista Darío Gamboni, por lo que el concepto de «autenticidad» se ha visto enormemente erosionado.

El mismo caso de la «Mona Lisa» es utilizado por la crítica italiana Serena Giordano para explicar, con otros términos, la invisibilidad de la obra de arte. Así, dice esta autora «... si bien los numerosos mecanismos de protección de la Gioconda de Leonardo contribuyen a alimentar el aura del Louvre, es también evidente que al mismo tiempo la convierten en invisible (y en este caso en particular hasta físicamente) porque se la convierte en un monumento». Y prosigue, citando a Musil: «la cosa más extraña de los monumentos es que en realidad no se notan. Nada en el mundo es más invisible. No hay dudas, sin embargo, de que son hechos para ser vistos; más aun, para atraer la atención; pero al mismo tiempo tienen algo que los convierte, por así decirlo, en *impermeables,* y la atención resbala sobre ellos como gotas de agua sobre una prenda impregnada de aceite sin detenerse un instante»[165].

En consecuencia, retomando la tesis de Adler, (aunque con términos muy distintos a los empleados en este trabajo), si los derechos morales han intentado preservar objetos únicos (como son las obras de arte) pero esos objetos ya han sido «conceptualmente destruidos» a raíz de su «invisibilidad», la utilidad de esos derechos morales, en gran parte, se ha perdido, al menos en relación con las obras maestras.

Agregamos otro argumento: Sergio Romano se ha referido poco tiempo atrás[166] a la «devolución» de la gigantesca tela «Las Bodas de Caná», de Veronese (Paolo Cagliari, Italia, 1528-1588) por parte de Francia a Italia. El cuadro mide siete metros por diez, y desde que fue arrancado de las paredes del refectorio de los frailes benedictinos de la Isla de San Giorgio Maggiore en Venecia (Italia) por las tropas napoleónicas en 1797 y trasladado al Louvre, fue objeto de innumerables reclamos para su devolución. Pues bien, según Romano, hoy en el refectorio veneciano se encuentra «un segundo original»: «gracias a un acuerdo con el Louvre y a la extraordinaria tecnología del laboratorio del artista inglés Adam Lowe, «Las Bodas de Caná» han sido escaneadas y reproducidas con un sistema tal que permite recrear todos los elementos del original: las líneas, las esfumaturas de colores, hasta las imperfecciones de la tela de soporte y los signos del paso del tiempo. Y no sólo eso: gracias a un trabajo de minuciosa reconstrucción filológica y de restauración virtual, es posible ver aquello que las manipulaciones del novecientos sobre la pintura habían recubierto». Romano sostiene, en consecuencia,

---

165. Giordano, Serena, *Disimparare l'arte: manuale di antididattica,* Il Mulino, Bolonia, p. 14. La cita de Musil corresponde a sus *Páginas póstumas publicadas en vida,* Einaudi, Turín, 1936.
166. «Il ritorno virtuale a Venezia di un capolavoro perduto», *Il Corriere della Sera,* 7 de septiembre de 2014, p. 33

que «Las Bodas de Caná» *volvieron* a San Giorgio Maggiore el 11 de septiembre de 2007. En nuestra opinión, el alcance de los derechos morales no puede permanecer indiferente ante los prodigios técnicos que permiten una «duplicación» de un original de semejante perfección técnica que lo convierten prácticamente en un sucedáneo de éste. Si el «original» del Louvre desapareciera, ¿se perdería una obra de arte o sólo un testimonio histórico de la existencia de una obra de arte que, dada la fidelidad de la copia, sigue subsistiendo? Obviamente, la discusión excede el marco de este ensayo[167].

Adler sostiene que *el arte puede surgir de la destrucción (o casi destrucción) de una obra preexistente*. Pone como ejemplos casos ya mencionados, como la desfiguración de la obra de Goya por los hermanos Chapman o la eliminación del cuadro de de Kooning por Rauschenberg. ¿Es razonable entonces –nos preguntamos nosotros– que se impida este proceso, con el argumento de que el artista cuya obra es destruida puede oponerse a ello?

Nos preguntamos también ¿tiene sentido mantener los derechos morales con relación a obras de escasa o nula trascendencia artística –carentes de la «reconocida relevancia», usando la terminología de VARA, de la «reconocida calidad» a la que hace referencia la ley californiana o de la «trascendencia en el tiempo» de la que hablaron los jueces argentinos en el caso «Jorge»–? Y reiteramos la cita de este fallo que consideramos trascendente: «es deber señalar que no todo trabajo encarado por un escultor, pintor, artesano u orfebre constituye una obra de arte. Se requiere sin hesitación el reconocimiento o la consideración pública como tal, además de su trascendencia en el tiempo para gozar de semejante rango...».

Un argumento en esta misma línea parece estar dado por la reciente decisión de la Municipalidad de Roma acerca de los «artistas» que elaboran y venden sus obras en Piazza Navona para determinar qué «arte» vale la pena que sea ofrecido en ese lugar. Meses atrás, a fines de julio de 2014, cuando el número de pintores, caricaturistas y vendedores de cuadros en esa plaza romana llegó a un récord absoluto de cuarenta y cuatro, las autoridades decidieron tomar cartas en el asunto: «para pintar allí será necesario ser un verdadero pintor». Y han considerado la designación de Achille Bonito Oliva (Italia, 1939), crítico y curador, autodefinido como «el ángel exterminador del arte de su país» y «descubridor» de la transvanguardia como presidente de un comité técnico, integrado por expertos (y no ya simples empleados comunales) para determinar quién puede ostentar el título de pintor con cierto grado de valía. «No bastarán ya un par de pinceles, paletas manchadas de pintura o caballetes de apariencia. No se admitirá más la improvisación, con esquicios de ciudades irreconocibles o retratos de turistas desfigurados». Sólo habrá 25 puestos disponibles para trabajar en «el taller más

167. Al respecto, puede consultarse *Original-Copia...Original,* actas del III Congreso Internacional de Teoría e Historia de las Artes y XI Jornadas CAIA, Buenos Aires, septiembre de 2005. Ed. Centro Argentino de Investigadores de Arte, Buenos Aires.

ambicionado del mundo». De allí a preguntarse si un «pintor» excluido de Piazza Navona por la baja calidad de su pintura tiene o no derechos morales basta un solo paso...[168].

Vale aquí la reflexión de Giunta acerca de qué (o quién) es un artista: «.. no es necesario tener un título habilitante. No es el título, sino la opinión de los que forman parte del mundo del arte lo que crea el consenso respecto de quién es y quién no es un artista. Aun cuando se establecieran parámetros para medir la calidad del arte, estos valores pueden cambiar, y una obra que en un momento todos los ojos expertos coincidieron en considerar extraordinaria puede, en una década, caer en el olvido. Algo que la historia crítica del arte, que analiza la construcción social de los valores, continuamente revisa»[169].

Los ataques de Adler a los derechos morales no se detienen allí. Ella objeta también la presunción de que el interés del artista en preservar o no su obra esté alineado con el interés público: existe «una noción predominante en el derecho estadounidense acerca de los derechos morales y es que, al otorgar esos derechos morales al artista, se presume que éste actuará no sólo en su propio interés sino también en el interés del público». Para Adler, nada más equivocado: «sostengo –escribe– que *lo mejor que podría pasarle al interés público en materia de arte es que se libere al arte de los grilletes del artista o, más precisamente, de nuestras fantasías acerca del artista genial*», pues, como dice más adelante, «el artista no es el mejor juez de su obra, acerca de si es o no buena, o si vale la pena preservarla». *A fortiori,* agregamos nosotros, otorgar al artista, cualquiera sea el valor de su obra, *y cuando ésta ya no le pertenece,* el derecho a oponerse a su destrucción o alteración carece de sentido. *Nada asegura que el artista tenga el criterio adecuado para tomar una decisión semejante.*

Al respecto, Adler menciona el caso, ya referido en este trabajo, de «Tilted Arc», la obra de Richard Serra que, en la opinión de muchos vecinos de la plaza donde fue instalada «era detestable». Para Adler, el interés público era claramente el de remover esa escultura, pero a ello se oponía Serra. Un caso, para la autora, del que se desprende que el deseo del artista de que su obra sea preservada puede entrar en conflicto con el interés general.

Otro caso interesante referido por Adler que, desde su punto de vista, refleja la incapacidad del propio artista para juzgar la «bondad» o «mérito» de su obra es el de las esculturas de David Smith (Decatur, Indiana, 1906-Shaftsbury, Vermont, 1965). A su muerte, su galerista, Clement Greenberg (Nueva York, 1909-1994), las modificó en contra de las expresas instrucciones del difunto. (La modificación consistió en despintar las esculturas, en algunos casos lijándolas y en otros exponiéndolas a los elementos). La crítica consideró la actitud de Greenberg

168. Scicchitano, Flavia, «Bonito Oliva chiamato a valutare chi può dipingere a Piazza Navona», *Il Corriere della Sera,* 3 de septiembre de 2014, p. 33.
169. Giunta, *op. cit.,* p. 77.

como vandálica, pero lo cierto es que las cotizaciones de las obras «despintadas» alcanzaron niveles superiores a las que mantienen sus colores originales. (Esto no necesariamente significa que el mercado sea un buen indicador del mérito de las obras de arte).

Pero el ejemplo de las esculturas de Smith no sólo se aplica a la supuesta «incapacidad» del artista para determinar la bondad de su propia obra de arte, sino también al hecho de que se podría obtener un arte «mejor» si permitiéramos a los adquirentes violar las intenciones del artista (en abierta contradicción, en este caso, con sus derechos morales).

También objeta Adler, con lenguaje intencionalmente irónico (que nuestra traducción quizás no llegue a transmitir) la doctrina según la cual «la obra de arte es una extensión del artista mismo». Y dice referirse a «los artistas» y no a «las artistas» porque el uso del término «paternidad» es un cliché entre quienes defienden los derechos morales[170]. Los defensores de los derechos morales, para Adler, «invocan la metáfora de la paternidad para explicar la profunda vinculación del artista con su obra: éste se preocupa tan profundamente acerca del destino de su arte porque éste es, de algún modo, su hijo y no apenas un objeto cualesquiera. *Por eso, el artista siente angustia personal cuando otra persona modifica su obra/hijo. Y esto ocurre aún cuando ese hijo haya crecido y abandonado el hogar, y también cuando el artista/padre ha <u>vendido</u> ese hijo*» (El énfasis es original)[171].

Frente a la posición radical que adopta Adler se levanta el punto de vista de Sax, a quien ya hemos citado anteriormente en este trabajo. En su obra *Playing darts with a Rembrandt: public and private rights in cultural treasures* («Jugando a los dardos con un Rembrandt: derechos públicos y privados sobre los tesoros culturales»)[172], Sax sostiene que el derecho de propiedad sobre las obras de arte (que para Adler *debe* permitir la destrucción de la obra de arte por el arte mismo a manos de su propietario) debe ser limitado de tal modo que convierta a sus poseedores en *guardianes* de esas obras, con obligaciones tales como la exhibición pública periódica, los préstamos temporarios a instituciones de libre acceso, etcétera.

---

170. Adler dice en el original inglés de su obra: «Embedded in moral rights law are two basic assumptions about visual artículo First is that a work of art is an extension of the artist himself. I use the term «himself» rather than «herself» advisedly because of the language of «paternity» that is a refrain in moral rights scholarship». Y agrega en una cita al pie que el tema de los derechos morales parece invitar a un análisis feminista de la cuestión. (*op. cit.,* p. 269 y nota 31).
171. Compárese esta visión crítica con la posición adoptada por la doctrina argentina expresada por Caivano, *et al., op. cit.*
172. El título de la obra de Sax trae reminiscencias de la expresión usada por Duchamp quien en 1961 se refirió a la posibilidad de usar una obra de Rembrandt como tabla de planchar.

En claro contraste con Sax, es interesante destacar que la doctrina italiana critica que el reconocimiento de un derecho incondicionado del artista de impedir la destrucción de su propia obra pueda llevar a convertir a su propietario en un *depositario,* con los deberes consiguientes de custodia y diligencia previstos en el artículo 1768 del Código Civil italiano[173]. Más aun, esa doctrina objeta que quienes sostienen la existencia del derecho del artista a oponerse a la destrucción excluyan la hipótesis de que el propietario de la obra de arte deba ser sometido a vigilancia para verificar el cumplimiento de sus deberes de custodia, para evitar así deterioros debidos a causas naturales o al hecho de terceros[174].

No obstante, el propio Sax impone límites a su teoría, *fundados en la naturaleza de la obra de arte en cuestión*. Así, cuando considera que el concepto de derechos morales es «fascinante» en la medida que establece un límite a los derechos que puede ejercer el propietario de una obra de arte sobre ese bien que le pertenece, Sax no se refiere a cualquier obra de arte sino a aquellas que él considera «significativas», aunque sin adentrarse en el concepto de «significación» ni aclarar quién ha de establecer si esta «significación» existe y qué factor o elemento hará que una obra pueda o no ser destruida (o que pueda serlo sin que acarree consecuencias para el «destructor»).

Para ello propone utilizar *criterios objetivos* (que, como hemos visto, también son considerados necesarios tanto por los jueces argentinos del caso «Jorge», tantas veces citado, como por el lenguaje legislativo de VARA y por la interpretación y los estándares jurisprudenciales de esa norma, etc.). **Pero en nuestra opinión esos criterios objetivos deben recaer *sobre la obra de arte,* y no estar basados en la opinión del artista sobre su propia obra.** Para Sax, «un comité de expertos que operen bajo los auspicios de un museo nacional, como la National Gallery of Art, podría identificar artistas y/u obras suficientemente importantes para ser incluidas en una lista de préstamos obligatorios y que no han sido exhibidas por algún período a especificar...»[175].

Sax sostiene que debe reconocerse una «especie» dentro del derecho de propiedad fundada en el reconocimiento de que *algunos* objetos (el énfasis es nuestro) son constitutivos de una comunidad, y que las reglas acerca del dominio privado son insuficientes para satisfacer el interés de esa comunidad sobre esos objetos. (Nótese que la referencia de Sax no es sólo a obras de arte, sino a todo tipo de objetos, entre los que él incluye también documentos públicos, archivos privados, antigüedades, patrimonio arquitectónico, etc.).

173. Beduschi, *loc. cit.*
174. Jarach, *Manuale del diritto d'autore,* Milán, 1984, p. 43, citado por Beduschi, *loc. cit.*
175. Sax, *op. cit.,* p. 67.

Concluye diciendo que el destino de objetos que poseen una importancia sustancial para la adquisición y diseminación del conocimiento y el incentivo al genio «no pueden estar sujetos a merced del deseo de sus propietarios»[176].

Sax reconoce, empero, que no es necesario preservar todo tipo de objetos sobre la base de que algún día adquirirán importancia histórica. Lamentablemente, no sugiere pauta alguna cuando de obras de arte se trata. (Sí lo hace en cambio para archivos y documentos). Reconoce, sí, el derecho del artista a destruir su creación si la considera insatisfactoria, puesto que «debe tener derecho a decidir cómo habrá de ser recordado». No aclara, sin embargo, si esta regla habrá de aplicarse a obras que han sido transferidas a terceros.

15. CÓMO SOLUCIONAMOS EL DILEMA DE LANDET

«Oídas las partes», como dicen los jueces, parece llegado el momento de efectuar un resumen de lo que hemos venido diciendo y, en la medida de lo posible, proponer conclusiones y, si fuera posible, una solución a lo que hemos dado en llamar «el dilema de Landet».

Bajo la concepción más tradicional, el derecho de propiedad incluye el derecho del dueño a destruir esa propiedad. Es claro que los derechos morales afectan de modo inusual el derecho de propiedad, puesto que lo restringen al extremo de prohibir al propietario de *cualquier* obra de arte deformarla, mutilarla o modificarla, toda vez que el autor de esa obra se oponga.

Los derechos morales fueron incorporados a la Convención de Berna. Aunque es dudoso que ésta prohíba la *destrucción* de la obra de arte, impide su distorsión, mutilación u otra modificación *a instancias de su autor,* aún cuando la obra haya sido transferida a un tercero.

La Convención no exige calidad alguna de la obra de arte para sujetarla a la protección de los derechos morales. ***No nos parece correcto.***

El arte contemporáneo ha modificado numerosos paradigmas o ha introducido nuevos (arte efímero, arte conceptual, instalaciones, *site specific art,* etc.)[177]. Los derechos morales, en su concepción tradicional, responden a una visión del arte superada por las circunstancias. Prohibir que *cualquier* obra de arte sea destruida, alterada, modificada o intervenida para impedir así que, a través de su «resignificación», adquiera un significado distinto u opuesto al inicial impide el desarrollo del arte. Hoy la *destrucción* de una obra de arte es parte del proceso *creativo.*

176. Sax, *op. cit.,* p. 198.
177. Véase Giunta, Andrea, *op. cit.*

Por otra parte, los derechos morales han llevado a asumir erróneamente que el criterio de un artista determinado acerca de la supervivencia de su propia obra es la única pauta válida para establecer su protección.

Para algunos, el interés público debería impedir que el propietario de una obra de arte «juegue a los dardos» con ella, cuando esa obra es *significativa*. Pero el mismo interés público puede estar interesado en que una obra de arte, pronta a ser «resignificada», no sea excluida del proceso del desarrollo del arte.

La legislación sobre derechos morales, a través de su inusual interferencia en el derecho de propiedad, puede lograr el propósito de salvaguardar obras significativas en favor del interés general o del interés particular del artista, pero es necesario establecer criterios *objetivos* basados en la *significación* de la obra al aplicar esos principios, y no solamente sobre la base del mero requerimiento (¿interesado?) del artista.

La legislación estadounidense, al introducir la protección de las obras de artes visuales en el sistema legal de ese país (a través de la adopción de criterios restrictivos acerca de los derechos morales), lo hizo con relación a *obras trascendentes. Por su parte,* la jurisprudencia continental sobre los derechos morales, *sólo en algunos pocos casos,* ha exigido trascendencia a la obra a ser protegida.

Nosotros creemos y postulamos que para que la mutilación o destrucción den origen a una legítima objeción por parte del autor de la obra destruida o mutilada, debe existir *trascendencia* en esa obra, pero no una trascendencia establecida por su propio autor sino por pautas objetivas (quizás tan elusivas como la propia definición acerca de qué es una obra de arte según quien se considera a sí mismo un artista)[178].

Sostenemos que es necesario, entonces, *limitar* la protección indiscriminada de toda obra de arte otorgada por la Convención de Berna a instancias del artista, *pues no toda obra de arte merece protección. Más aún, se corre el riesgo de proteger creaciones que no califican como «obras de arte» o de impedir el surgimiento de nuevas obras so capa de proteger creaciones sin valor.* Por otra parte, la «Recomendación relativa a la condición del artista» aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 21ª. Reunión (Belgrado, 27 de octubre de 1980), reconoció también como artista «a quien crea o participa por su interpretación en la creación o la *recreación* de obras de arte...». A los efectos de nuestra posición, consideramos relevante el tratamiento *pari passu* tanto del artista que crea como del artista que *recrea*.

Debemos permitir que Landet continúe su tarea de «resignificación» sobre obras de terceros. La destrucción o mutilación de una obra trascendente por error para llevar a cabo una «resignificación» sin valor alguno es un riesgo colectivo cuyo costo debería recaer sobre el propio prestigio de Landet, sobre la sociedad y sobre el artista cuya obra sea mutilada o destruida.

178. Otra vez: Giunta, *op. cit.,* p. 77 acerca de quién es «un artista».

Pero el costo será mayor si, con el ánimo de proteger obras sobre la única base del «egoísmo» de su propio autor, detenemos el avance de las nuevas concepciones del arte. Ello sucederá de todos modos, con la ley de su lado o desde la ilegalidad.

16. ANTE ALGUNOS POSIBLES ESCOLLOS A NUESTRA PROPUESTA

Se podrá argumentar que la limitación que propugnamos a la aplicación indiscriminada de los derechos morales puede dar lugar a la necesidad de utilizar criterios subjetivos por parte de los jueces que deban entender en las contiendas entre los artistas que consideren que sus derechos se han visto lesionados y los que entiendan que la mutilación o destrucción que han llevado a cabo no constituye otra cosa que una «resignificación». Ello, bajo este punto de vista, constituiría a los jueces en «críticos de arte de última instancia» sin que tengan las condiciones técnicas para ello.

Pero para rebatir este argumento debe recordarse cómo la jurisprudencia estadounidense ha logrado establecer pautas razonables acerca de qué constituye una obra de arte «*of recognized stature*» como exige la legislación federal para otorgarle protección.

También debe tenerse en cuenta cómo, por ejemplo, la ley argentina contempla los «jurados de idóneos» para la determinación de la existencia de lesión a los derechos intelectuales, que en el caso particular de las obras de arte prevé que estén presididos por el director del Museo Nacional de Bellas Artes[179].

La Ley española de Enjuiciamiento Civil, por su parte, permite especialmente la designación de peritos especializados en temas artísticos («con conocimientos artísticos» o integrantes de academias)[180] que pueden dar a los jueces las herramientas necesarias para determinar la valía de la obra en cuestión.

Y recordemos cómo los concejales romanos han establecido una barrera de entrada a quienes pretenden instalarse en Piazza Navona con sus atriles, paletas y pinceles, sometiéndolos al escrutinio de técnicos de altísimo nivel.

De lo contrario, una limitación al proceso artístico, ceñida estrictamente al texto objetivo de la ley, que impida la «resignificación» de la obra de arte implicará la creación de un mercado oscuro y subterráneo o de una parálisis evolutiva en el desarrollo de nuevas técnicas.

Por otra parte, nos parece igualmente difícil establecer tanto quién ha de ser considerado «un artista» como qué ha de ser considerada «una obra de arte». En la difícil alternativa entre un sujeto y un objeto, preferimos a este último.

179. Artículo 81, Ley 11723.
180. LECiv, Artículos 335, 339, 340 inc. (a), etc.

17. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA

Acebes Cornejo, Raúl: «Comentario crítico al Código Civil Español», *http://www.comentariocritico.com/.*

Adler, Amy M.: «Against moral rights», 97 *California Law Review* 263.

Beduschi, Paolo Guido: «Distruzione dell'opera figurative e sindrome di Stendhal», *Il Diritto Industriale,* 6, 1966, pp. 505 y ss.

Bresler, Judith: *What is the Visual Artists Rights Act?* PERSONAL/JTB-US-1271831/1.

Caivano, Roque; Mitelman, Carlos y Zuccherino, Daniel: «La protección legal del derecho moral del autor en la creación intelectual», *elDial.com,* AA6A7A, abril de 2011.

«Carter, John: *et al.* v. Helmsley-Spear Inc and 474431 Associates», United States District Court, S.D., New York, 852 *F. Supp.* 228 (S.D.N.Y. 1994).

«C. B. c. Remocsa y otros», Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1ª, sentencia nº 47/1999; *Thomson-Reuters Aranzadi,* AC/1999/312.

CENTRO ARGENTINO DE INVESTIGADORES DE ARTE: *Original-Copia...Original,* actas del III Congreso Internacional de Teoría e Historia de las Artes y XI Jornadas CAIA, Buenos Aires, septiembre de 2005.

Chang, RayMing: «Revisiting the Visual Artists Rights Act of 1990: a follow up survey about awareness and waiver», 13 *Texas Intellectual Property Law Journal* 129 (2005).

«Cresta, Norberto c. Galería de Arte de Santi», Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A (2007); *Abeledo Perrot* 70043536 (2013).

Damich, Edward: «The right of personality: a Common Law basis for the protection of the moral rights of authors», 23 *Georgia Law Review* 1, otoño 1988.

Dueñas, Mauricio: *Pierre Pinoncelli cut off part of his pinkie in Cali, Colombia,* Agence France Presse, 2002.

Emery, Miguel Ángel: *Propiedad intelectual,* Astrea, Buenos Aires, 1999.

Esworthy, Cynthia: *A guide to the Visual Artists Rights Act,* NEA Office of the General Counsel, JD Washington & Lee Law School, 1997.

Fernández Delpech, Horacio: *Manual de los derechos de autor,* Heliasta, Buenos Aires, 2011.

Fielkow, Colleen Creamer: «Clashing rights under US Copyright Law: harmonizing an employer's economic right with the artist-employee's moral rights in a work made for hire», 7 *DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law,* 218, primavera 1977.

Foa, Andrea: *Andare per ghetti e giudecche,* Il Mulino, Milán, 2014.

Fouilland, F.: «Le droit moral de l'auteur en droit français», Université Jean Moulin – Lyon III, 2003, *http://www.glose.org/mem016-htm.htm.*

«Geisel, Theodor v. Poynter Products Inc. *et al.*», United States District Court, S.D., 1968, *295 F. Supp. 331,* 1968.

Ginsburg, Jane C.: «Art and the Law: suppression and liberty», 19 *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 9, 2001.

Giordano, Serena: *Disimparare l'arte: manuale di antididattica,* Il Mulino, Bolonia.

Giunta, Andrea: *¿Cuándo empieza el arte contemporáneo?* Fundación ArteBA-Petrobras, Buenos Aires, 2014.

Glueck, Grace: *Art people; Noguchi and Shinto' again; www.nytimes.com/1982/02/12/arts/art-people-noguchi-and-shinto-again.html.*

Gompertz, Will: *What are you looking at? 150 years of modern art,* Viking, Penguin Books, Londres, 2012.

Grattoggi, Sara: «Sfregio al MAXXI; l'opera sulle donne sfondata a calci», *La Repubblica,* 21 de septiembre de 2014.

Graw, Isabelle: *¿Cuánto vale el arte?: Mercado, especulación y cultura de la celebridad,* Mardulce, Buenos Aires, 2013.

Hegel, G. F.: *Sistema de las artes,* Colección Austral, Espasa Calpe, Buenos Aires, 1947.

Hoffman, Barbara (Edit.): *Art and cultural heritage: law, policy and practice,* Cambridge University Press, 2005.

Hoffman, Ivan: «The Visual Arts Rights Act», *http://www.ivanhoffman.com/vara.html.*

Jones, Jonathan: «Look what we did», *The Guardian,* Londres, 31 de marzo de 2003.

«LACASSE ET WELCOME c. Abbé Quénard», Corte de Apelaciones de París, 27 de abril de 1934; D.H. 1934, 385. *Gaz. Pal.* 1934.2, 165.

Landet, José Luis: *Cortar el horizonte,* Document Art, Buenos Aires, 2013.

Leonard, Barbara: «Artist says restoration mutilated and bastardized Holocaust memorial», *Courthouse News Service,* 28 de julio de 2010; *http://www.courthousenews.com/2010/07/28/29182.html.*

Lerner, R. y Bresler, J.: *Art Law,* Practising Law Institute, New York City, 2005.

– *Art Law, the guide for collectors, investors, dealers and artists,* Practising Law Institute, 1989.

Levinas, G.: «Cristóbal Colón, víctima de la batalla cultural», *La Nación,* Buenos Aires, 16 de agosto de 2014.

Liemer, Susan: «Understanding artists' moral rights: a primer», 7 *Boston University Public Interest Law Journal* 41, invierno 1998.

Macaluso, Fabio: *E Mozart finì in una fossa comune: vizi e virtù del copyright,* Egea, Milán, 2013.

Manresa, Andreu: «Marina Castaño pierde el pleito por la herencia de Cela», *El País,* Madrid, 8 de octubre de 2014.

McClean, Daniel y Schubert, Karsten: *Dear images: art, copyright and culture editors*; Ridinghouse, Londres, 2002.

Merryman, J. H.; Elsen, A. y Urice, Stephen: *Law, ethics and the visual arts,* Kluwer Law International, Alphen, Holanda, 2007.

Musso, Alberto: *Diritto di autore sulle opere del ingegno letterario e artistiche,* Zanichelli Editore, Bologna, 2008.

Navarro Floria, Juan G.: *Los derechos personalísimos* en *http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalisimos-navarro-floria.pdf.*

Negri-Clementi, Gianfranco: *Il diritto dell'arte,* Skira, Milán-Ginebra, 2012.

Pérez, Fernando; Raffo, Carlos; Bonino, Daniel y Martínez de Pérez, Norma: *La protección del derecho de autor: grado de aplicación y análisis jurisprudencial en torno a su objeto y contenido,* Universidad Nacional de Río Cuarto, *www.eco.unra.edu.ar.*

Rhodes, Anne-Marie: *Art Law and Transactions,* Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, Estados Unidos, 2011.

Rigamonti, Cyrill: «Deconstructing moral rights», 47 *Harvard International Law Journal* 353, verano 2006.

Rivero, Luis: «El arte contra el arte: creación desde la destrucción» en: *http://elartecontraelarte.blogspot.com.ar/2011/09/erased-de-kooning-drawing.html.*

Robinson, Christopher: «The "recognized stature" standard in the Visual Artists Rights Act», 68 *Fordham Law Review* 1935 (2000).

Roeder, M.: «The doctrine of moral right: a study in the law of artists, authors and creators», 53 *Harvard Law Review* 554 (1940).

Rosen, Dan: «Arttists' moral rights: a European evolution, and American revolution», 2 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal,* 155 (1983).

Rosenthal Kwall, R.: «Inspiration and innovation: the intrinsic dimension of the artistic soul», 81 *Notre Dame Law Review,* 1945, (2006).

– «"Author-stories": Narrative implications for moral rights and copyright joint authorship doctrine», 75 *Southern California Law Review* 1, noviembre 2001.

– «Copyright and the moral right: is an American marriage possible?» 38 *Vanderbilt Law Review* 1, enero 1985.

– «How fine art fares post-VARA», *DePaul College of Law Center for Intellectual Property Law and Information Technology*, 2006.

Sainsbury, Maree: *Moral rights and their application in Australia,* The Federation Press, Annandale, 2003.

Sax, Joseph: *Playing Darts with a Rembrandt: public and private rights in cultural treasures,* The University of Michigan Press, 1999.

Scavotto, Andrew: *Artists' Guide to the visual artists rights act: understanding your (limited) moral rights,* St. Louis Volunteer Lawyers and Accountants for the Arts, 2005. (Washington University in St. Louis School of Law).

Scicchitano, Flavia: «Bonito Oliva chiamato a valutare chi può dipingere a Piazza Navona», *Corriere della Sera,* 3 de septiembre de 2014, p. 33.

– «Scott, Linda v. Dixon Peter and Dixon Candida», United States District Court, E.D., New York, 309 *F. Supp. 2d* 395 (2004).

Sgarbi, Vittorio: *L'arte è contemporanea ovvero l'arte di vedere l'arte,* Grande Passaggi Bompiani, Milán, 2012.

Sherman, Robert: «The Visual Artists Rights Act of 1990: American artists burned again», *International Conference on Comparative Constitutional Law*, 17 *Cardozo Law Review* 373, diciembre 1995.

Spatt, David: *Moral rights survive the sale and the Southern District,* Ocean State Lawyers for the Arts, 1996 (*http://www.artslaw.org/moral.htm*).

Spector, Horacio: «Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial» en AA.VV., *Derechos intelectuales,* Astrea, Buenos Aires, 1988.

Strahilevitz, Lior J.: «The right to destroy», 114 *Yale Law Journal* 4 (enero 2005).

– «The right to destroy», *John M. Olin Law & Economics Working Paper 205* (2a. Serie), The Law School of the University of Chicago, enero 2003.

Teilmann, Stina: *British and French copyright: a historical study of aesthetic implications,* Department of Comparative Literatura, University of Southern Denmark, 2004.

– *Justifications for copyright: the evolution of le droit moral, www.copyright.bbk.ac.uk.*

UNESCO: *Recomendación relativa a la condición del artista,* 21ª Reunión de la Conferencia General, Belgrado, 27 de octubre de 1980.

Urdaneta, Alejo: *El arte: una apreciación personal,* Editorial Actum, Caracas, 2006.

Vibes, Federico: «Propiedad intelectual de las obras artísticas creadas por encargo», en *Cuadernos de Propiedad Intelectual,* I-2004.

Villalba, C.: «Imprescriptibilidad de la autoría y prescriptibilidad del daño», *ED* 138:330.

Villalba, C. y Lipszyc, D.: *El derecho de autor en la Argentina,* La Ley, Buenos Aires, 2001.

– «Derecho de los autores de obras fotográficas...»; *ED* 121:648.

Villalba Díaz, Federico: «¿Quién puede restaurar una obra original? Derechos morales y patrimoniales del autor de una obra pictórica» *elDial.com* DC15DF, 2011.

Yonover, Geri: «The "dissing" of Da Vinci: the imaginary case of Leonardo v. Duchamp: moral rights, parody and fair use», 29 *Valparaiso University Law Review*, 935 (n° 2, 1995).

Yu, Peter: «Moral rights 2.0», en Heath, Christopher y Kamperman Sanders, A., *Landmark intellectual property cases and their legacy,* IEEM International Intellectual Property Conferences, Institute of European Studies of Macau, Kluwer Law International, 2011.

El tráfico exterior de bienes culturales. Aspectos internacionales y tributarios de su régimen jurídico

LUIS PÉREZ-PRAT DURBÁN*

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

JESÚS RAMOS PRIETO**

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario, Acreditado a Catedrático, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO: PROEMIO. 1. LOS ESCENARIOS DEL TRÁFICO INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES. *1.1. Los intereses. 1.2. Los escenarios.* 2. ¿OBRA DE ARTE O PATRIMONIO CULTURAL? LAS DEFINICIONES DEL BIEN CULTURAL. 3. ¿HAY UN SISTEMA INTERNACIONAL QUE REGULA EL TRÁFICO DE OBRAS DE ARTE?. 4. LA REGULACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL. *4.1. El artículo XX.f del GATT. 4.2. La lucha contra el tráfico ilegal de bienes culturales: La Convención de la UNESCO de 1970.* 5. EL TRÁFICO DE BIENES CULTURALES POR CAUSA DEL CONFLICTO ARMADO. 6. DE VARIA *RESTITUTIONE. 6.1. Las restituciones por robo o salida ilegal del territorio de los Estados. 6.2. Las reclamaciones de los países de origen. El caso de los Mármoles del Partenón.* 7. EL SISTEMA TRIBUTARIO COMO INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL: LA RECURRENTE SENDA DE LA EXTRAFISCALIDAD. *7.1. Función extrafiscal del sistema tributario y patrimonio cultural: un binomio constitucionalmente admisible. 7.2. Reconocimiento normativo de la utilidad de las medidas tributarias como cauce para la protección del patrimonio cultural.* 7.2.1. Normativa internacional: Convención y Recomendaciones de la UNESCO de 1972 y 1978. 7.2.2. Derecho de la Unión: posible compatibilidad de las ayudas fiscales al patrimonio cultural con el mercado interior. 7.2.3. Legislación interna (estatal y autonómica) sobre patrimonio cultural. 8. PRINCIPALES CONDICIONANTES DE LA INCIDENCIA DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS INTERNAS SOBRE EL TRÁFICO INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES. *8.1. Limitaciones del sistema tributario, especialmente patentes en una etapa de crisis. 8.2. Reparto interno de competencias. Prevalencia de las competencias del Estado en materia de tráfico exterior. 8.3. Diversidad de categorías y re-*

* Autor de los apartados 1 a 6. Este trabajo se inserta en la investigación realizada por el autor en el marco de los siguientes dos proyectos del que es investigador principal: uno, el proyecto de excelencia de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia de la Junta de Andalucía, titulado *¿Patrimonio protegido? la eficacia de las normas y políticas sobre patrimonio cultural* (P09-SEJ-4720); y dos, el proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad titulado *Ruinas, expolios e intervenciones en el patrimonio cultural* (DER2014-52947-P).

** Autor de los apartados 7 a 12.

gímenes de protección de los bienes culturales. 9. ALTERNATIVAS PARA EL EMPLEO DE LOS TRIBUTOS CON FINES EXTRAFISCALES RESPECTO DEL TRÁFICO INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES. 10. ANÁLISIS DE UNA MEDIDA TRIBUTARIA CON INCIDENCIA SOBRE EL TRÁFICO DE BIENES CULTURALES DESDE ESPAÑA HACIA EL EXTERIOR: LA TASA POR LA AUTORIZACIÓN PARA LA EXPORTACIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO CULTURAL ESPAÑOL. *10.1. Un tributo con larga tradición en la legislación española. 10.2. Hecho imponible, sujeto pasivo y devengo. Incidencia del Derecho de la Unión Europea en la delimitación del presupuesto de hecho del tributo. 10.3. Exenciones. 10.4. Elementos de cuantificación: base imponible y tipo de gravamen. 10.5. Aplicación de la tasa y afectación de su producto a la adquisición de bienes culturales. 10.6. Valoración crítica de esa figura: un tributo desnaturalizado y de fácil elusión en el contexto del mercado interior europeo. 10.7. Propuestas de modificación.* 11. ANÁLISIS DE UNA MEDIDA TRIBUTARIA CON INCIDENCIA SOBRE EL TRÁFICO DE BIENES CULTURALES DESDE EL EXTERIOR HACIA ESPAÑA: LA DEDUCCIÓN POR ADQUISICIÓN DE BIENES CULTURALES EN EL EXTRANJERO PARA SU REPATRIACIÓN. *11.1. Ámbito de aplicación de este beneficio fiscal. 11.2. Requisitos para la aplicación de la deducción. 11.3. Valoración crítica. La escasa incidencia práctica de este beneficio fiscal. 11.4. Propuesta de modificación.* 12. BREVE ALUSIÓN AL PAGO DE DEUDAS TRIBUTARIAS MEDIANTE LA ENTREGA DE BIENES CULTURALES: OTRO POSIBLE INCENTIVO A LA REINTRODUCCIÓN DE BIENES CULTURALES DESDE EL EXTERIOR.

PROEMIO

El presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico del tráfico exterior de bienes culturales desde la doble perspectiva del Derecho internacional público y el Derecho tributario. En coherencia con este enfoque interdisciplinar, nuestro estudio se divide en dos partes.

En la primera, que abarca los apartados 1 a 6 y ha sido elaborada por L. Pérez-Prat Durbán, además de exponer los diversos escenarios en los que se desarrolla el tráfico mundial de bienes culturales (apartado 1), analizaremos la concreción jurídica del objeto que circula en dicho tráfico (apartado 2), nos plantearemos si existe una regulación global sobre la circulación de bienes culturales (apartado 3), nos centraremos en la reglamentación del comercio internacional (apartado 4), examinaremos el tráfico causado por los conflictos armados (epígrafe 5) y abordaremos la restitución de los bienes a sus países de origen (epígrafe 6). En el desempeño de este cometido nuestra ambición no puede llegar a volcar en este espacio reducido el análisis en profundidad de los escenarios y ramificaciones que plantea el tráfico externo de bienes culturales. Sin perjuicio de que realicemos las oportunas referencias, no nos dedicaremos a la exposición de algunos temas relevantes que, o bien cuentan ya con una bibliografía abundante (la circulación de las obras de arte en el seno de la Unión Europea), o bien, aun teniéndola, parecen requerir una mejor clarificación de la que gozan en la actualidad (la restitución de los bienes culturales desplazados en relación con la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto). Además, la

perspectiva que hemos primado es la de derecho público, por lo que tampoco pretendemos entrar al análisis de los aspectos de derecho privado involucrados en el tráfico de bienes culturales.

La segunda parte, que comprende desde el apartado 7 hasta el 12 y de la que es autor J. Ramos Prieto, está dedicada al examen de la posible incidencia del sistema tributario sobre el tráfico exterior de los bienes integrantes del patrimonio cultural español. En este punto partimos de la constatación de que no existen disposiciones internacionales que deban ser objeto de aplicación directa por los operadores jurídicos. Tampoco contamos con normas específicas de la Unión Europea, puesto que la armonización y coordinación de las legislaciones fiscales de los Estados miembros no se ha extendido a este ámbito, sin perjuicio claro está de la ineludible observancia de algunas reglas básicas contenidas en los Tratados y los actos normativos aprobados por las instituciones europeas. Por consiguiente, España, al igual que los demás Estados de nuestro entorno, dispone de un notable margen de maniobra para intervenir en este campo en el ejercicio de su soberanía fiscal, razón por la cual tomaremos como soporte básico de nuestras reflexiones el Derecho interno español.

En especial, a lo largo de esta segunda parte abordaremos una revisión crítica de algunas disposiciones tributarias actualmente en vigor que operan en una doble dirección, dependiendo de que estemos en presencia de supuestos de circulación *ad extra* o *ad intra* de determinados bienes culturales que se estiman merecedores de una protección más intensa. Nuestro legislador intenta, por un lado, disuadir o penalizar las transmisiones de tales bienes hacia el exterior a través de la exigencia de una tasa por la obtención de autorización para su exportación (apartado 10). Pero, por otro lado, procura al mismo tiempo favorecer la circulación de este tipo de elementos patrimoniales con destino al territorio español, es decir, su importación o repatriación a través del otorgamiento de beneficios fiscales a los adquirentes (apartado 11) y de la admisión del cumplimiento de obligaciones tributarias mediante su entrega a título de dación en pago (apartado 12). Como trataremos de evidenciar en las páginas correspondientes de nuestro estudio, pese a sus evidentes condicionantes y limitaciones la normativa tributaria constituye un instrumento, secundario pero en modo alguno marginal, de intervención pública en la circulación de los bienes culturales.

1. LOS ESCENARIOS DEL TRÁFICO INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES

1.1. LOS INTERESES

Las múltiples caras del tráfico de los objetos artísticos, de interés histórico, etnológico y cultural se abigarran, se solapan, se entrecruzan y contribuyen a di-

bujar un panorama confuso para todos los actores que operan en ese ámbito. Las causas por las que un bien cultural traspasa fronteras son muy variadas, yendo desde la transacción entre particulares, a la cesión por un Estado a otro de un bien que ha aparecido subrepticiamente en el territorio del primero. Si es relevante que el bien cruce fronteras, también lo es que no lo haga, pues un Estado puede negarse a devolverlo, supuesto de un no-tráfico que, lejos de aquietar el panorama, lo tiñe de una aguda conflictividad. Y, por supuesto, las formas de contornear las fronteras son también variadas, con la intención de eludir las restricciones que algunos países imponen al movimiento de *sus bienes,* con la intención de preservar su patrimonio cultural.

También contribuye en cierto sentido a generar confusión la cantidad y heterogeneidad de los intereses que se concitan en torno al movimiento de los bienes culturales. En efecto, a primera vista hay quien está sobre todo interesado en que fluya el comercio de obras de arte. Y esto se puede dar bien porque se trate de un galerista y marchante –piénsese en la figura mítica de Ambroise Vollard[1]–; de una casa de subastas –en cuya cúspide mundial por volumen de negocios se encuentran las consabidas y recurrentes Sotheby's y Christie's–; de un coleccionista, como Cornelius Gurlitt, hijo del marchante alemán Hildebrand Gurlitt que, al calor del Holocausto, se hizo con una considerable colección de pintura, con obras de Picasso, Chagall, Renoir, Toulouse-Lautrec, Matisse, Otto Dix o Kokoschka, entre otros, incluyendo por tanto, muestras del arte *degenerado* condenado por los nazis; de un propietario de un bien –porque quiere tener la posibilidad de venderlo al mejor precio en cualquier momento–; de un museo privado, como el MoMa –que quiere enriquecer sus fondos o deshacerse de alguna obra para adquirir otra[2]–; de un Estado, de uno de esos países, como Estados Unidos, sobre los que gravita en gran medida el mercado del arte, y que suelen calificarse como países de mercado, en la terminología acuñada por John Henry Merryman[3]; o de una organización internacional como la Unión Europea, empeñada en consagrar y mantener la libre circulación de mercancías en un espacio sin fronteras, sin controles intracomunitarios, por lo tanto.

---

1. Sobre Ambroise Vollard, bajo cuya retina y por cuyas manos pasaron obras de Gauguín, Renoir, Matisse, Cézanne o Picasso, véase su obra, *Memoria de un vendedor de cuadros,* Ediciones Destino, Barcelona, 1946.
2. Sobre la política de *deacessioning* –o cesión de colecciones– del MoMa, bastante activa, por otra parte, véase Jason Edward Kaufman, «MOMA's sustained deaccessioning continues», en *The Art Newspaper,* London, nº 146, April 2004, p. 18. Una bibliografía del *deacessioning* puede encontrarse en *http://archives.icom.museum/biblio_deaccessioning.html.*
3. J. H. Merryman, «Two Ways of Thinking About Cultural Property», originalmente en 80 *American Journal of International Law,* 1986, pp. 831 y ss., pero que puede consultarse también en J. H. Merryman, *Thinking About the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law,* Kluwer, London, 2000, pp. 66-91.

Por el contrario, también hay quien defiende que se alcen restricciones que anulen o limiten el tráfico de dichas obras porque, en la mayoría de los casos, son calificadas como bienes culturales y, por tanto, integrantes de un patrimonio cultural vinculado a una comunidad dada. Esa comunidad puede muy bien ser un Estado, empeñado en mantener en su territorio los objetos artísticos y culturales que tengan una especial vinculación con él, e interesado en promulgar una legislación restrictiva de los movimientos de sus bienes culturales. Era el caso de Irak en la época de Sadam Hussein, cuya Ley sobre las Antigüedades nº 59 de 1936 –enmendada por las leyes nº 120 de 1974 y nº 164 de 1975[4]–, prohibía en su artículo 26 la salida de antigüedades del país, sancionando la conducta contraria con una pena de prisión de hasta cinco años. Este tipo de Estados han sido bautizados por John Henry Merryman, en atención a su posición de retención de los bienes culturales vinculados a su identidad cultural como países de origen o fuente[5].

Pero no sólo un Estado puede interesarse por la limitación en la salida de los bienes de su territorio; dentro de éste, cuando es de carácter multiétnico, puede que alguna de las comunidades que lo integran sea la que se muestre más vivamente a favor de que determinados bienes, los que se encuentran vinculados con sus señas de identidad, permanezcan no ya en el territorio de dicho Estado, sino en el que ocupa la citada comunidad. O puede que el bien esté afecto a un uso cultual propio de una comunidad religiosa determinada.

La defensa de la permanencia de los bienes culturales en un determinado país no siempre se justifica en razón de su vinculación a una comunidad dada, sea la nación, el pueblo o etnia. En la base de las argumentaciones a favor de que se queden donde están –los Mármoles del Partenón en el Museo Británico, el busto de Nefertiti en el Museo Egipcio de Berlín, el patio del castillo de Vélez Blanco en el Metropolitan de Nueva York–, militan los que defienden el modelo de museo universal, al estilo *humboldtiano,* concepto manifestado en la (defensiva) *Declaration on the importance and value of universal museums*[6], suscrita por dieciocho de los más conspicuos. En una línea similar se situarían los que entienden que los bienes culturales deben estar donde se les cuide mejor, allí donde esté garantizada su preservación, idea que late tras los versos de José Hierro correspondientes a su poema Los claustros[7] de *Cuaderno de*

4. Véase la ley en *http://www.UNESCO.org/culture/natlaws/media/pdf/iraq/iraq_loi59_1936_eng_tof.pdf.*
5. J. H. Merryman, *Thinking About the Elgin Marbles, op. cit.*, p. 67.
6. Véase en *http://icom.museum/fileadmin/user_upload/pdf/ICOM_News/2004-1/ENG/p4_2004-1.pdf.* Además, consúltese Willliard L. Boyd, «Museums as Centers of Cultural Understanding», en J. H. Merryman (Ed.), *Imperialism, Art and Restitution*, Cambridge.
7. *No, si yo no digo*
que no estén bien en donde están:
más aseados y atendidos
que en el lugar en que nacieron,
donde vivieron tantos siglos.

Nueva York[8]: son aquellos claustros acogidos en los altos de Harlem y pertenecientes al Metropolitan. Y, en la misma línea, como es obvio, los que entienden que tales bienes son más accesibles en esos museos situados en los destinos tradicionales de los operadores turísticos.

En el caso de los objetos arqueológicos, también los intereses defendidos por las asociaciones de arqueólogos se posicionan a favor de su permanencia en los yacimientos o sitios, para preservar su contexto[9]. Esta directriz, defendida por asociaciones como la *Society for American Archaeology,* ha llegado a quedar consagrada en normas internacionales, como los principios anexos a la Convención de la UNESCO de 2001 para la protección del patrimonio cultural subacuático. Ni que decir tiene que milita en contra de la actividad de los cazatesoros que, como la empresa *Odyssey,* se mueven con facilidad a la busca de pecios todavía no localizados o que no gozan de la vigilancia de las autoridades del país ribereño.

Este panorama confuso, trufado de intereses de tan variada laya, se embebe en el magma de la globalización y queda afectado además por la pujanza de las nuevas formas de compra-venta que se asientan en la red de redes, en Internet. La emergencia de intereses comunes de carácter global, las más de las veces formulados con un alto grado de retórica y sin claras portavocías –patrimonio común de la humanidad, preservación de bienes a favor de las generaciones futuras, entre otros–, encuentran un parcial acomodo en las normas que con alcance internacional y fruto de la cooperación entre los Estados, regulan las diversas situaciones que afectan a los objetos históricos, artísticos y de interés cultural. Pero su vuelo se alza en ocasiones más allá de los textos y se vislumbra en los debates sobre el patrimonio cultural. Una clásica –y más que debatida– ordenación de esos intereses globales se presenta en la ya canónica contraposición formulada por John Henry Merryman entre el internacionalismo cultural y el nacionalismo cultural, una suerte de activos principios que juegan en el campo del movimiento internacional de bienes culturales.

Para el citado autor, el internacionalismo cultural encuentra sus bases en el entendimiento de los diversos objetos que integran el patrimonio cultural en tanto que componentes de una cultura humana común, cualquiera que sea el

---

Allí el tiempo los devoraba.
El sol, la lluvia, el viento, el hielo,
los hombres iban desgarrándoles
la piel, los músculos de piedra
y ofrendaban el esqueleto
–fustes, dovelas, capiteles–
al aire azul de la mañana.

8. José Hierro, *Cuaderno De Nueva York,* Hiperión, Madrid, 1998.
9. Sobre la posición de los arqueólogos, véase Marina Papa-Sokal, «Beyond the Nationalist-Internationalist Polarisation in the Protection of Archaeological Heritage: A Response to Profesor Merryman», en *Art, Antiquity and Law,* vol. XIV, Issue 3, pp. 237-274.

lugar en el que se originen o de su localización actual y con independencia de los derechos de propiedad o de la jurisdicción nacional que sobre ellos recaiga. En cambio, el nacionalismo cultural implica pensar tales objetos en clave de propiedad cultural, integrante, por tanto, del patrimonio de una nación[10]. Merryman recurre a dos tratados internacionales sobre patrimonio cultural para comprobar de la formulación de ambos principios. El primero de ellos, la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado[11], destilaría internacionalismo cultural al referirse en su preámbulo a que la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo y a que los daños que eventualmente se le causen en un conflicto armado implican un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad. Pero la regulación establecida en el articulado de la Convención no pivota en torno a una autoridad internacional que pudiese ser responsable de su aplicación y, por ende, de la protección de los bienes culturales en nombre y para la humanidad. Son los Estados *uti singuli* sobre los que pivota el cumplimiento de los compromisos contenidos en ese tratado en el que, además, se alcanza el cenit del argumento pro domo súa a su favor en la cláusula de necesidad militar contenida en el artículo 4.2, que por esa razón (de Estado) permite derogar la obligación de respeto de los bienes culturales que incumbe a toda parte en un conflicto armado. Por ello, el internacionalismo cultural que destila este tratado parece limitado a las bellas expresiones retóricas de su preámbulo y a la finalidad última de la protección del patrimonio cultural, pero no a la forma de alcanzarla.

Por otra parte, tras la exposición apologética del principio del internacionalismo cultural, Merryman excava en otro tratado del ramo para exponer, con cierto tono peyorativo, la tesis contrapuesta del nacionalismo cultural. Ese tratado es la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales[12]. Y lo que destila nacionalismo cultural, según Merryman, es el cheque en blanco que a favor de los Estados se contiene en el artículo 3, precepto en el que se determina que «son ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Partes», con lo que se otorga a cada uno la llave para abrir o cerrar a discreción el grifo del flujo de bienes culturales que pueden salir de su territorio. Si bien esta lectura es correcta y se refiere más bien a los medios que al objetivo de la Convención, esto es a cómo

10. J. H. Merryman, «Two Ways of Thinking About Cultural Property», 80 *American Journal of International Law,* 1986, pp. 831-832.
11. Puede verse en *http://portal.UNESCO.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.*
12. En *http://portal.UNESCO.org/es/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.*

impedir el robo y la salida ilegal de bienes culturales de un país, más que a evitar el empobrecimiento de los países de origen ocasionado por la fuerte presión del mercado negro, ¿acaso este objetivo no tiende a militar en la misma dirección que el que Merryman adjetivaba como internacionalista en la Convención de La Haya de 1954? Si preservar el patrimonio en caso de conflicto armado interesa a todos los pueblos y a la humanidad –internacionalismo cultural–, preservarlo ante el expolio que genera la existencia de un mercado negro de considerables dimensiones, ¿no interesa a todos los pueblos y a la humanidad? Parece que, para algunos no, pues la diferencia se encuentra en la salida ilegal, que no en el robo, de los bienes culturales. Para Merryman colocar trabas al flujo natural de ese comercio es nacionalismo cultural, intentar regular ese mercado es nacionalismo cultural, ir contra la fuerza atractiva y adquisitiva de las casas de subasta, marchantes y adquirentes de los países de mercado, es nacionalismo cultural. Por supuesto, en mayor medida lo es si de lo que se trata es de reclamar la restitución de bienes culturales que *in ilo tempore* salieron de sus países de origen, por la fuerza de las armas o por la del colonialismo.

Sin perjuicio de que el análisis del prof. Merryman es mucho más rico de lo que se deriva de esta esquemática presentación, también salta a la vista que no sólo tiende a polarizar la discusión sobre el movimiento internacional de los bienes culturales entre dos extremos, el primero, enaltecedor del libre comercio y el otro, prejuicioso contra cualquier política mediante la que un Estado pretenda impedir la salida de su territorio de sus bienes culturales. Pero también significa tomar partido, dados los términos en los que se formula la posición internacionalista, por una suerte de *statu quo* favorecedor de la permanencia en los grandes museos occidentales de todas las piezas codiciadas por sus países de origen, bajo el argumento de que es allí –en Nueva York, en Londres, en París, en Berlín...– donde se garantiza el acceso a dichos bienes, lo que no se lograría si se produjera su dispersión en las instituciones museísticas de los países de origen.

Desde luego que hay posiciones genuinamente internacionalistas o, mejor aún, que endosan el internacionalismo cultural sin aferrarse a la defensa del libre comercio de bienes culturales sin trabas en las fronteras. Pudiera ser el caso de la UNESCO, que recurre con profusión a los conceptos de patrimonio de la humanidad para aplicarlos a todos los bienes culturales, lo que a buen seguro no acaba de ser aceptado por todos sus Estados miembros, o lo es con la condición de que tal aserto no traiga consecuencias jurídicas para la gestión de cada uno sobre su propio patrimonio, o sobre el que reclaman los demás cuando se encuentra en su territorio. Esto puede verse, entre otros actos, en la Recomendación de la UNESCO de 26 de noviembre de 1976 sobre el intercambio internacional de bienes culturales[13]. En ella, se llega a expresar lo siguiente: «Teniendo en cuenta

13. Véase en *http://portal.UNESCO.org/es/ev.php-URL_ID=13132&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.*

que todos los bienes culturales forman parte del patrimonio cultural común de la humanidad y que cada Estado tiene una responsabilidad a ese respecto no sólo hacia sus propios nacionales sino también hacia la comunidad internacional en su totalidad, los Estados Miembros deberían, dentro del marco de su competencia, para desarrollar la circulación de bienes culturales entre instituciones culturales de diferentes países, adoptar las medidas que se indican a continuación en cooperación, si, es necesario, con las autoridades regionales y locales». Subráyese la idea de que todos los bienes culturales forman parte del patrimonio cultural común de la humanidad y piénsese en que, sin prejuzgar la propiedad sobre un bien –sea pública o privada–, se estarían avanzando ciertas limitaciones para los propios Estados. Por ejemplo, la prohibición de la destrucción de sus propios bienes culturales. No es difícil tener *in mente* lo sucedido en 2001 a los Budas de Bamiyán[14].

La mención a la humanidad –y es dudoso si se trata de un marco referencial de carácter moral o la emergencia de un sujeto activo, con derecho, pero sin capacidad de ejercerlo– se muestra de manera más contundente en la Convención de la UNESCO de 2001 sobre la protección del patrimonio cultural subacuático[15], en cuyo artículo 2.3 se asienta el principio que obliga a los Estados partes a preservar el patrimonio cultural subacuático en beneficio de la humanidad. Para Patrick J. O'Keefe, eso implica que el Estado no puede tomar decisiones sobre dicho patrimonio por sí solo, por ejemplo, «the Heritage may be related to a religion that the State does not favour or another State with which it is at odds»[16]. De nuevo es la misma idea anterior: el Estado no está facultado para destruir su propio patrimonio y, algo más aún, está incurso en una obligación general de ser diligente en cuanto a su preservación. Pero decisiones, claro que sí puede tomar por sí solo, salvo la de destruirlo o dejar de conservarlo.

Tal vez sea imposible reducir la turbamulta de intereses reinantes en torno al patrimonio cultural a esos dos principios del internacionalismo y el nacionalismo cultural, porque no todos pueden alinearse en una u otra dirección. Desde las perspectiva de los que analizan los intereses de los pueblos indígenas y, en general, de las minorías, se ha avanzado otro principio, el *intranacionalismo cultural,* que pretende recordar que incluso dentro de las fronteras de los países de origen de los bienes culturales existen grupos de población que son incluso más periféricos que las naciones del Tercer Mundo que sirven de alimento para el apetito inter-

14. Al respecto, véase P. Gerstenblith, «From Bamiyan to Baghdad: Warfare and the Preservation of Cultural Heritage at the Beginning of the 21st Century», en 37 *Georgetown Journal of International Law,* 2006, pp. 245-299.
15. En *http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13520&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html.*
16. P. J. O'Keefe, *Shipwrecked Heritage: A Commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage,* IAL, Leicester, 2002, p. 50.

nacionalista de bienes culturales[17]. Pero, aún así, sigue siendo en exceso reductor como para hacer justicia a un panorama tan difuso. Desde una visión más de intereses que de principios, Eric Jayme[18] entiende que aquéllos podrían ordenarse en torno a categorías como las siguientes: primera, los intereses globales, entre los que menciona el acceso público a las obras de arte y la protección del libre movimiento de los objetos artísticos para exhibirse internacionalmente. Segunda, el interés nacional, pues los objetos artísticos se conciben como importantes elementos de la identidad nacional, lo que justifica las barreras a su exportación. Ahora bien, como señala Eric Jayme, la dificultad estriba en encontrar la clave que señala el origen nacional de un bien determinado. En esta misma categoría el autor introduce también los intereses de otras *naciones sin Estado,* esto, es las minorías de distinto signo. La tercera categoría se refiere a los intereses privados, que acoge tanto a los propietarios de los bienes como a sus creadores, los artistas. La cuarta categoría contempla los intereses que se desprenden de los propios objetos artísticos, bien porque cumplan funciones de índole religiosa, bien en cuanto a su preservación y a la protección del contexto en el que se originaron. Y, finalmente, la quinta categoría atiende a los intereses del mercado de las obras de arte, que milita a favor del libre comercio y de la certidumbre en las transacciones.

1.2. LOS ESCENARIOS

Probemos ahora un camino alternativo e intentemos arrojar un poco de luz mediante el esbozo de unas cuantas escenas en las que emergen no sólo los intereses, sino también los conflictos que se suscitan por su colisión.

Primera escena: el 2 de mayo de 2012 fue subastada en la casa Sotheby's, en Nueva York, una de las cuatro versiones del pastel pintado por Edvard Munch en 1865, el muy conocido cuadro titulado *El grito,* el único que se encontraba en manos privadas. Las otras versiones están en la Galería Nacional de Noruega, una, y dos en el Museo Munch de Oslo. El comprador desconocido remató la obra en una cifra considerable en el mercado del arte –91,24 millones de euros–, aunque se queda lejos de los 191,6 millones de euros pagados por la familia real de Qatar a los herederos del magnate griego Yorgos Embiricos por la compra del cuadro de Cézanne, *Los jugadores de cartas*[19].

17. *Cfr.* Joe Watkins, «Cultural Nationalists, Internationalists and "Intra-nationalists": Who's Right and Whose Right?», en *International Journal of Cultural Property,* vol. 12, Issue 1, 2005, p. 79.
18. E. Jayme, «Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies», en 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, p. 927.
19. La noticia se dio primero en *http://www.vanityfair.com/culture/2012/02/qatar-buys-cezanne-card-players-201202.*

Con cifras más modestas, y atemperadas por la crisis económica galopante, el Estado español, en aplicación de su morigerada política de adquisición de obras de arte[20], obtuvo en la Sala Goya, de Madrid, a requerimiento del Patronato de la Alhambra y el Generalife, con cargo a sus presupuestos, una caja octogonal nazarí del siglo XV, que alcanzó una puja final de 20.000 euros[21].

El mercado del arte siempre ha existido, en la misma medida en que lo ha hecho el coleccionismo. Y no puede caber duda de que, en la actualidad, es un mercado global, que se ha mundializado, y que ya no pivota en exclusiva sobre los dos centros clásicos más relevantes: Nueva York y Londres. Como se afirma en el Informe preparado por Clare McAndrew, *Globalisation and the Art Market*[22], nuevos mercados han emergido con la aparición de compradores procedentes de China, India, Rusia, y Medio Oriente. No obstante, y en referencia a 2012, las cifras globales apuntaban a que el 41% de las transacciones de arte correspondían a Estados Unidos, frente al 23% del Reino Unido, al 26% de China, al 6% de Francia, 3% de Alemania, 2% de Suiza y al 10% de otras localizaciones. Y en 2013, el mercado creció un 8% hasta alcanzar los 47.4 billones de euros. Así que los rasgos globales de ese mercado apuntaban a configurar un polo de atracción bastante tradicional, a excepción del progreso chino –algo estancado en 2012–, pero en movimiento.

En ese panorama, España cuenta con una cuota bastante reducida de ese mercado. La aportación española, valorada en el interior de la Unión Europea, es del 2%, el sexto mercado de arte más importante, por detrás de Reino Unido (64%), Francia (17%), Alemania (5%), Italia (3,5%) y Austria (2,1%)[23]. Ni que decir tiene que la caída en estos años de crisis económica ha sido colosal, alcanzando descensos del 33%. Las exportaciones, con datos pertenecientes a 2011, como los anteriores, rondaron los 66 millones de euros, frente a los 88 millones correspondientes a las importaciones. De resultas de la situación económica, las obras más caras de los artistas españoles se están vendiendo fuera de nuestro país. ¿Supone esto una pérdida de algún tipo y, por ello, deberían reaccionar los poderes públicos para evitar este empobrecimiento artístico? O, muy al contrario, ¿debería tenderse a fomentar la exportación para equilibrar el déficit en el mercado del arte? O bien, como una tercera opción, que las fuerzas del mercado se desenvuelvan sin trabas.

---

20. Sobre el particular, véase Pilar Barraca, «El mercado del arte y la política de adquisición de colecciones públicas», en C. Prado Román y A. Vico Belmonte (Coords.), *La inversión en bienes de colección,* Madrid, Universidad Rey Juan Carlos.
21. Véase en *http://www.revistadearte.com/2014/09/25/el-estado-compra-manuscritos-porcelanas-dibujos-para-los-museos/.*
22. The Global Art Market, with a focus on the US and China, en *http://www.touchofclass.com.br/_main/exposicoes/tefaf/TEFAF%20Art%20Market%20Report%202014.pdf.*
23. Clare McAndrew, «El Mercado español del Arte en 2012», en *Cuadernos Arte y Mecenazgo*, 1; que puede consultarse en *http://fundacionarteymecenazgo.org/wp-content/uploads/2013/07/art2012_espanol_03_interactivo.pdf.*

Segunda escena: el 16 de octubre de 2012, fueron robados siete cuadros –entre ellos, *Cabeza de Arlequín,* de Picasso; *La lectora en blanco y negro,* de Matisse; y *El puente Waterloo de Londres,* de Monet– del museo Kunsthal de Rotterdam, pertenecientes a la colección privada de la Triton Foundation, que se exponían allí por primera vez. De los cuadros, nada más se supo, pero sí de los autores del robo, de nacionalidad rumana, apresados en su país y condenados por un tribunal de Bucarest, entre otras penas, a pagar 18,1 millones de euros, valor atribuido a lo robado por la Fiscalía rumana. Sobre la localización de los cuadros se cernió la sospecha de su destrucción, tras la confesión de la madre de uno de los detenidos –aunque luego se retractara– de que los había quemado. Sea o no esto verdad, podría haber sido producto de la planificación de un robo por personas desconocedoras de los entresijos del mercado negro del arte y, por lo tanto, sin contactos para colocar el género sustraído.

Junto al lícito mercado del arte, cuyas cifras derivan de transacciones en principio legítimas, existe un lado oscuro que constituye uno de los más conspicuos tráficos ilícitos, uno de los de mayor volumen en el mundo. Como en todos los tráficos que se sitúan más allá de la línea de la legalidad, las cifras del mercado negro del arte no pueden ser más que aproximativas. En un Informe de la Cámara de los Comunes de hace más de una década[24], se barajaban cifras dispares, pero harto significativas que, aunque se sitúen en 2000, pueden hacernos una idea del volumen de un fenómeno que se coloca tras el tráfico de drogas y de armas entre los de mayor dimensión. Para *The Museums Association,* la estimación del volumen mundial giraba en torno a una horquilla, generosa, que iba de los 150 millones de libras a los dos billones, por año, mientras que para el Detective Jefe, el Superintendente John Coles del *Metropolitan Police Service* las cifras van de los 300 millones $ a los 6 billones $; por su parte *The European Association of Archaeologists* atribuye a Interpol una estimación en torno a 4.5 billones $ anuales, comparados con el billón correspondiente a diez años antes. En Interpol existe desde 1995 una base de datos sobre arte robado que contenía a finales de 2011, según dicha institución[25], alrededor de 40.000 registros. Suponiendo que ésta es la punta del iceberg, lo verdaderamente llamativo es que se confiese que la recuperación sólo haya alcanzado unos 2.000 objetos.

Tercera escena: en noviembre de 1996, un abogado, representante de un comprador de obras de arte, se puso en contacto con John Malcom Russell, profesor de Historia del Arte y Arqueología en el Massachussets College of Art, interesado en saber si era legal la adquisición que le proponían a su cliente de nueve piezas de un relieve del Palacio de Senaquerib en Nínive. Tales piezas, según ex-

24. Select Committee on Culture, Media and Sport, Seventh Report, Cultural Property. Return and Illicit Trade; en *http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm199900/cmselect/cmcumeds/371/37102.htm.*
25. *Cfr.* COM/FS/2012-05/DCO-05.

presó el profesor consultado, no podían proceder más que de un expolio ilegal, como tantos otros, originados al calor de la guerra iraquí[26].

El mercado negro no se nutre solo del producto del robo, también y muy significativamente de la actividad clandestina facilitada por la bajada de las barreras de protección del patrimonio arqueológico, y cultural en general, con ocasión del conflicto armado. La destrucción del patrimonio cultural iraquí tras la caída del régimen de Sadam Hussein tuvo mucho que ver con la desprotección en que quedaron tantos museos y yacimientos arqueológicos de sobra conocidos por los ocupantes, pero también de aquellos otros diseminados por el país mesopotámico en áreas no sometidas al control de ninguna de las facciones en lucha. Dada la ruina a la que quedó condenada la población iraquí, uno de los múltiples modos de sobrevivir consistió en obtener medios de subsistencia mediante la venta del producto de excavaciones arqueológicas ilegales que, entre otros riesgos, conllevan el de la destrucción del contexto de los bienes expoliados.

Cuarta escena: En el Museo Thyssen-Bornemisza de Madrid, en su sala 32 a, se puede contemplar un cuadro de Camille Pisarro de 1897, *Rue Saint-Honoré por la tarde. Efecto de lluvia*[27], adquirido por España en junio de 1993 junto con casi toda la colección del Barón Hans Heinrich Thyssen-Bornemisza. Éste la había adquirido en 1976.

En el origen de las transmisiones de propiedad del cuadro se encontraba su adquisición por Julius Cassirer, un judío acaudalado de Alemania. A su muerte, la propiedad pasó a su hijo Fritz y su nuera Lilly. Ambos, dada la situación que se vivía en Alemania, decidieron abandonar el país tras la promulgación de las Leyes de Nuremberg de 1935. Obtuvieron el permiso para emigrar en 1939 pero tenían que someter al juicio de un experto, designado por los nazis, la autorización para el traslado de determinados bienes de su propiedad, entre los que estaba el cuadro de Pisarro. El experto les dijo que no podían llevárselo y se ofreció a comprárselo por 900 marcos. Después de la venta, los Cassirer viajaron a Estados Unidos. El cuadro fue posteriormente vendido en 1943 a un comprador anónimo. Tras la guerra, Lilly Cassirer intentó recuperarlo, pero no consiguió localizarlo y, a cambio, obtuvo en 1958 una compensación por su pérdida en los tribunales alemanes de 120.000 marcos. A su muerte, en 1962 nombró como heredero a su nieto Claude Cassirer, quien descubrió en 2000 que se encontraba en el Museo Thyssen-Bornemisza, con lo que presentó una demanda en 2005 contra España y la Fundación

26. En J. M. Russell, «Stolen Stones: The Modern Sack of Nineveh», en *Archaeology,* December 1996; que puede consultarse en *http://archive.archaeology.org/online/features/nineveh/index.html.*

27. Sobre el relato de los hechos, véase la descripción de los mismos contenida en la sentencia de 9 de diciembre de 2013 en el caso Cassirer *et al.* v. Thyssen-Bornesmiza Collection Foundation, del Quinto Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, en *http://www.commartrecovery.org/sites/default/files/CassierThyssen-Bornemisza.pdf.*

Thyssen-Bornemisza. El decurso judicial no ha acabado, puesto que en 2012 el juzgado de distrito de California desestimó la demanda, pero una sentencia de 2013 de la Corte de apelaciones de Estados Unidos ha vuelto a reabrir el caso.

La incertidumbre y la extrema complejidad de las situaciones en que se encuentran los objetos culturales desplazados con ocasión de la Segunda Guerra Mundial y, en particular, los que fueron obtenidos por los nazis gracias al Holocausto, constituyen otro de los ámbitos que afectan al tráfico de bienes culturales y a sus transacciones. De la incertidumbre da buena cuenta la aparición de la colección que atesoraba Cornelius Gurlitt en Munich, sin que hubiera constancia directa de ella, con más de mil cuadros de pintores como Picasso, Chagall, Matisse, Beckmann y Nolde[28]. Pero, en general, no hay claridad alguna, comenzando por la falta de una aproximación jurídico-internacional homogénea de carácter vinculante, más allá de la formulación de principios abstractos, carencia que ya revela un síntoma sobre el problema, la falta de voluntad real de plasmar unas reglas vinculantes en un tratado internacional. Coexisten las controversias entre particulares, las que enfrentan a éstos con Estados u organismos de carácter público, o las que sitúan a unos países frente a otros.

Quinta escena: el 28 de diciembre de 1913, tropas italianas que ocupaban Libia tras la capitulación del Imperio Otomano, se encontraron en las ruinas del antiguo asentamiento grecorromano de Cirene una escultura de mármol descabezada que representaba a Venus[29]. En 1915 fue enviada a Roma por la potencia ocupante y situada en los Museos Capitolinos. En 1989, el gobierno libio solicitó por primera vez su devolución al considerar que la adquisición por Italia se había realizado con ocasión de su desempeño como potencia colonial y que, por lo tanto, una vez surgido del proceso descolonizador el nuevo Estado libio, los bienes culturales tenían que volver al país de origen. A diferencia de otros muchos casos –de los que los más prominentes tal vez sean la reclamación griega de devolución de los Mármoles del Partenón, que en su mayoría se encuentran en el Museo Británico, gracias a las actividades de Lord Elgin en Atenas a principios del siglo XIX; y la reclamación de Egipto a Alemania para la restitución de la efigie de Nefertiti, descubierta un año antes que la Venus de Cirene, que se encuentra en el *Neues Museum* de Berlin[30]–, se abrieron negociaciones entre los dos países, alcanzándose un acuerdo sobre la restitución en 1998. Un decreto de 1 de agosto

28. Véase la noticia en Juan Gómez, «Caso Gurlitt: un enigma alemán», en *El País* de 9 de noviembre de 2013.
29. Para la cronología del caso y consulta de la documentación, véase *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/venus-of-cyrene-2013-italy-and-libya*. En cuanto a un comentario doctrinal, Tullio Scovazzi, «The Return of the Venus of Cyrene», en *Art, Antiquity and Law,* vol. XIV, issue 4, December 2009, pp. 355-358.
30. Entre otros trabajos, consúltense los de Kurt G. Siehr, «The Beautiful One has come –to Return. The Return of the Bust of Nefertiti from Berlin to Cairo», en John Henry Merryman, *Imperialism, Art and Restitution, op. cit.,* pp. 114-192.

de 2002 del Ministerio italiano de Bienes Culturales canceló el vínculo de propiedad de la estatua con el Estado. Sin embargo, la devolución fue recurrida ante los tribunales italianos por la asociación *Italia Nostra,* aunque no consiguiera su objetivo, pues primero el Tribunal administrativo regional del Lazio, en una sentencia de 28 de febrero de 2007, y después el Consejo de Estado, en otra sentencia de 8 de abril de 2008, desecharon los argumentos contrarios a la devolución. La estatua fue entregada a Libia el 31 de agosto de 2008.

Este caso se sitúa en el marco de la intensa oleada de reclamaciones de países de origen que exigen la devolución de bienes culturales que, por lo general, pasaron a manos de países de mercado y se sitúan en los museos más conspicuos. La presión ha sido tal que ha conseguido varios hitos, como la creación en el seno de la UESCO de un Comité intergubernamental para la promoción del retorno de bienes culturales hacia sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita, surgido en 1978. La práctica de devoluciones propiciada por este comité es más bien magra, debido a que no puede imponer decisiones a los países, sino sólo fomentar las negociaciones entre ellos. Y esto es un síntoma del marco jurídico-internacional general, que no se concreta en este caso en normas vinculantes, en un tratado internacional que regule la restitución de estos bienes. Aún así, devoluciones sí se producen, pero en la base de las mismas habrá que buscar otras motivaciones distintas a las jurídicas.

Sexta escena: El Consejo Nacional de Monumentos de la República Sudafricana fue advertido el 1 de octubre de 1997 de la celebración de una subasta en Londres en la que iban a salir a remate 1.214 monedas de oro. Al parecer, tales monedas eran parte de las pertenecientes al político y militar inglés del siglo XVIII, Robert Clive, perdidas cuando el 17 de julio de 1755 el buque *Dodington* se hundió en la bahía de Algoa, en la actual Sudáfrica. Como subrayan Craig J. S. Forrest y John Gribble[31], el pecio del *Dodington* se sitúa en el mar territorial del país africano y se encuentra protegido por su legislación sobre patrimonio cultural. La mala suerte que acompañó en esa ocasión al propietario de los bienes no fue total, pues mientras que su fortuna personal iba en el barco que naufragó, él y su hermana estaban embarcados en otro, al no poder haber obtenido un pasaje en el *Dodington*. Aunque se sabía de su existencia, y de los tesoros que pudiera contener, la localización del pecio no fue descubierta hasta 1977 por dos buzos –David Allen y Gerry van Niekerk–, mientras que las excavaciones arqueológicas por ellos llevadas a cabo –autorizadas por el Consejo Nacional de Monumentos sudafricano– no se iniciaron hasta 1982. No se sabe cómo llegaron las monedas a las manos del vendedor en Londres, porque los buzos rescataron, junto con otros objetos, muy pocas monedas de oro. Sudáfrica pleiteó en Londres contra el vendedor desconocido, que sostenía que las monedas se habían recuperado de un buque pirata del siglo

31. C. J. S. Forrest y J. Gribble, «The Illicit Movement of Underwater Heritage: The Case of the Dodington Coins», en *International Journal of Cultural Property,* vol. 11, nº 2, 2002, p. 267.

XVIII encontrado accidentalmente por buzos fuera de las aguas sudafricanas[32]. Sin conocer los términos del acuerdo entre Sudáfrica y el vendedor desconocido, lo único que se sabe es que el país africano consiguió 405 monedas, que se encuentran depositadas en el *Bayworld Museum* de Port Elizabeth.

El tráfico ilegal de objetos culturales provenientes del mundo subacuático, que concentra intereses contrapuestos –entre otros, empresas cazatesoros; países como España[33] que reclama la propiedad de pecios desperdigados por los siete mares; Estados ribereños en cuyos espacios marinos se sitúan pecios; la comunidad científica especializada en la arqueología subacuática; coleccionistas, marchantes y casas de subasta–, constituye una porción no desdeñable del mercado mundial de bienes culturales, favorecido en su *lado oscuro* por la incertidumbre que genera la coexistencia de aproximaciones jurídicas contrapuestas, del *law of salvage* y el *law of finds* propios del Derecho marítimo a la opción concretada en la Convención de la UNESCO de 2001 para la protección del patrimonio cultural subacuático[34].

Séptima escena: la empresa Doble A Promociones S.A. –cuyo administrador único es un empresario, antaño conocido periodista y presentador de televisión, que se ha hecho con una importante colección de obras de arte– entregó, como dación para pagar impuestos a Hacienda, la obra de Juan Gris *Mujer en el Tocador,* después de haberla adquirido el 20 de diciembre de 1999 en una subasta en la Sala Castellana, de Madrid. En esa ocasión, el adquirente pagó 1,8 millones de pesetas. En junio de 2000, antes de entregarla en depósito al Museo Reina Sofía, la dación recibió el visto bueno de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, que la valoró en seis millones de pesetas. El problema que se suscitó a continuación fue que Raymond Bachollet, uno de los expertos en la obra de Juan Gris, destruyó la autoría de la obra, al sostener que se trataba de una copia del original de ese dibujo[35].

---

32. La noticia en *http://www.independent.co.uk/news/world/africa/stolen-gold-back-in-south-africa-692334.html.*
33. Sobre el particular, véase la obra de Valentín Bou Franch, *La flota imperial española y su protección como patrimonio cultural subacuático,* MINIM, Valencia, 2005.
34. Sobre el particular, y además de la obra de Valentín Bou Franch mencionada en la nota anterior, véase en la doctrina española Elsa Marina Álvarez González, *La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; Mariano J. Aznar Gómez, *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con especial referencia al caso de España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; Francisco Jesús Carrera Hernández, *Protección internacional del patrimonio cultural submarino,* Universidad de Salamanca, 2005; Esther Portela Vázquez, «La Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio subacuático. Principios generales», en *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 3, nº 2, 2011, pp. 317-333. Un comentario de la Convención de 2001 en Patrick O'Keefe, *Shipwrecked Heritage: A Commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage,* IAL, Leicester, 2002.
35. Véase la noticia en el diario *ABC*, de 11 de febrero de 2001, que puede consultarse en *http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/2001/02/11/044.html.*

La proliferación del tráfico de objetos artísticos cuenta con un efecto colateral, que sirve de acicate para la falsificación y su posterior puesta en circulación como obras auténticas. Nada nuevo bajo el cielo. Manuel Vicent[36] recuerda dos casos: la venta al papa Julio II por Miguel Ángel de estatuas de origen griego, convenientemente avejentadas por el escultor, en realidad su auténtico autor. O la anécdota de Pablo Picasso, solicitado por un coleccionista que deseaba que le certificara la autenticidad de una obra supuestamente suya. Como se negara el pintor, el coleccionista le recordó que hacía un año que se la había comprado en ese mismo taller, a lo que Picasso respondió afirmando que «es que yo también pinto a veces Picassos falsos». La atribución a su autor de la obra de arte es una poliédrica cuestión que suscita inseguridades en los que las poseen, sean museos o coleccionistas privados; en los que participan en su compraventa, se trate de compradores, vendedores o marchantes; en los especialistas llamados a pronunciarse sobre ello, desde los jueces a los expertos; en los que controlan el tráfico transfronterizo de mercancías tan peculiares, como los aduaneros[37]. Pero hay una laguna en la regulación internacional, más apegada a contemplar y normar el tráfico de las obras auténticas, no de sus falsificaciones. No obstante, ambos tráficos no dejan de estar interconectados e inducir a confusión y fraude.

Octava escena: En 5 de octubre de 2000, los restos mortales de un guerrero de la etnia bechuana fueron enterrados en el parque de Tsholofelo, en Gabarone (Botswana). Hasta aquí nada raro, salvo que la peripecia del guerrero comenzó con su muerte en dicha zona de África en una fecha indeterminada de inicios del siglo XIX, continuó con el traslado de su cadáver a París, su posterior momificación y exhibición en la Maison Verreaux de la capital francesa. En mayo de 1888 es exhibido en Barcelona como parte de la colección del veterinario y taxidermista Francesc Darder y, con posterioridad, tras la donación en 1916 a Banyoles de la colección y la constitución del Museo Darder, pasa a exhibirse en sus vitrinas. Hasta que en 1991, Alphonse Arcelin, un médico de origen haitiano, que era concejal socialista del ayuntamiento de Cambrils, comienza a enviar una serie de cartas al Ayuntamiento de Banyoles denunciado la exhibición del cuerpo disecado del guerrero bechuana. Las presiones de diversa procedencia, incluyendo las ejercidas por la UNESCO, las Naciones Unidas, Bostwana y la entonces OUA, en la actualidad Unión Africana, lograron que el Ayuntamiento de Banyoles cediese en 2000[38].

---

36. *Cfr.* Vicent, M., *Mitologías,* Alfaguara, Madrid, 2012.
37. *Cfr.* Luis Pérez-Prat Durbán, «La falsificación de obras de arte, ¿un problema?», en L. Pérez-Prat y A. Lazari (Eds.), *El tráfico de bienes culturales,* Valencia, Tirant lo Blanch.
38. Para las noticias sobre el negro de Banyoles, véanse los diversos reportajes publicados por el magnífico periodista Jacinto Antón en *El País* (25 de abril de 2004; 2 de diciembre de 2006). Y, además, es posible consultar la obra de Frank Westerman, *El negre y jo,* Editorial Viena, 2006.

No es éste, con mucho, el único caso de restos humanos que se encuentran (o encontraron) depositados en museos e instituciones dedicadas a la antropología. La primera imagen que se nos puede venir a la mente es la de las momias egipcias que se encuentran desperdigadas en el Louvre, en el Británico, en los Museos Vaticanos, entre otros, y, por supuesto, en el Museo Egipcio de El Cairo. Pero la momificación ha sido también un fenómeno propio de otras culturas. «El mundo está fascinantemente lleno de momias», cuenta Jacinto Antón[39], entre ellas «las de las niñas incas sacrificadas de un mazazo, como Juanita, la Doncella de Hielo, que descansan en las montañas andinas. Las tan inesperadas de Xianjiang, caucásicas en el desierto de Taklamanjan. O las de la turba, los hombres de los pantanos». De todas ellas, de los demás restos humanos que reposan en museos, puede reflexionarse sobre si son objetos culturales, sobre si el vínculo que los une con los Estados e instituciones es el de propiedad o custodia, sobre si deben retornar a sus países de origen, sobre si debe primar el interés científico en su estudio, sobre si se le aplican las reglas relativas al comercio de los demás bienes culturales[40].

Los ocho escenarios en los que se vislumbran diversos supuestos de tráfico –y de no tráfico– de bienes culturales –o de los que aparentan serlo, como las falsificaciones–, trazan un cuadro complejo, cruzado por multitud de intereses, algunos de los cuales ha conseguido, aunque sea parcialmente, estar representado en las soluciones jurídicas que se han venido perfilando desde que los Estados comenzaran a cooperar internacionalmente para la preservación de su patrimonio y/o desde que comenzaran a legislar con la misma finalidad *ad intra*. Pero no siempre emergen normas, no siempre las que emergen son cumplidas, no siempre las que se cumplen son eficaces para lograr objetivos que no siempre son compartidos como, por ejemplo, la preservación de los bienes culturales o su circulación libre en un mercado globalizado. Que haya sido siempre así, que el tráfico de las obras de arte haya sobrepasado las fronteras estatales –legal o ilegalmente– desde siempre, es verdad, y de ello los múltiples y complejos escenarios que hemos presentados. Pero no magnifiquemos tampoco el sesgo globalizador, porque lo mismo que se sostiene por algunos estudiosos de las relaciones internacionales respecto de la globalización económica, que puede ser un fenómeno no privativo del siglo XXI. De hecho, este mercado del arte globalizado comparte muchos rasgos con tal proceso globalizador, pues pudiera decirse que es una de sus subespecies o, más bien, uno de los escenarios donde se constata esa tendencia. Y uno de esos rasgos comunes, que aquí vamos a analizar, es el debate enconado sobre el papel que deben jugar las normas jurídicas en la regulación del mercado del arte.

---

39. J. Antón, *Héroes, aventureros y cobardes,* RBA, Barcelona, 2013, p. 32.
40. Sobre esos interrogantes, véase Steven Gallagher, «Museums and the Return of Human Remains: An Equitable Solution», en *International Journal of Cultural Property,* 2010, 17, pp. 65-86.

2. ¿OBRA DE ARTE O PATRIMONIO CULTURAL? LAS DEFINICIONES DEL BIEN CULTURAL

Los textos normativos nacionales e internacionales que regulan la circulación de las *obras de arte* no recurren a una terminología jurídica uniforme respecto de lo que puede circular o, en puridad, de lo que es lícito someter a limitaciones en cuanto a su circulación. Esto resulta más evidente porque no hay una única normativa internacional aplicable a todos los escenarios que hemos perfilado en el epígrafe anterior, y porque tampoco las legislaciones nacionales recurren a idéntico aparato terminológico. La falta de uniformidad es bien acusada y produce auténticas disfunciones, conectadas con el carácter proteico y polisémico de la tipología que parece abrirse camino: el bien cultural. Este concepto encuentra su definición clásica en la *Comisión Franceschini,* una comisión de investigación para la tutela y la valorización de las cosas de interés histórico, arqueológico, artístico y del paisaje, constituida por la Ley italiana de 26 de abril de 1964, que concretó la ya consabida definición de bienes culturales como los bienes que constituyen testimonios materiales dotados de un valor de civilización[41]. Aunque ya había sido acuñado con anterioridad en un texto internacional jurídicamente vinculante, la ya mencionada Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado; si bien, en la versión inglesa el término utilizado es el de propiedad cultural.

Pero vayamos por partes. Cuando se habla de mercado del arte, se pone el acento inicial en que lo que circulan son obras de arte, aunque no sea necesariamente así. La primera de las expresiones, la obra de arte, carece de definición jurídica y no parece fácil aventurarse a la concreción de qué debe entenderse por tal sin el auxilio de otras disciplinas como la Historia del Arte. Por ejemplo, Wladyslaw Tatarkiewicz[42] llega a una definición de obra de arte según la cuál se trataría de «la reproducción de cosas, la construcción de formas, o la expresión de un tipo de experiencias que deleiten, emocionen o produzcan un choque». Una definición, según el autor, lo suficientemente abierta para acomodar todo tipo de arte en todas sus diversas funciones; que no contiene términos valorativos como bello o estético; y que parece estar de acuerdo con la experiencia y expectativas del historiador, que es consciente del carácter variado del arte y de las diferentes funciones que cumple[43]. Además, como advierte José Jiménez, para que algo sea reconocido como «obra de arte» es preciso antes que nada su aceptación institucional como tal, que se produzca su inserción y encuadramiento en los canales institucionales del arte. Porque el arte es una convención, una forma concreta de

41. *Cfr.* Jose M.ª A. Magán Perales, *La circulación ilícita de bienes culturales,* Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 41.
42. W. Tatarkiewicz, *Historia de seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética,* Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1992, p. 67.
43. *Ibid.*, p. 68.

institucionalización de la experiencia estética y las convenciones cambian y fluctúan y lo mismo cabe decir respecto a lo que se sitúa dentro o fuera, o respecto a lo que se valora en mayor o menor medida[44].

Pero esta definición difícilmente puede ayudar cuando se trata de abordar una operación jurídica que lo que pretende es acotar con cierta precisión qué objetos o comportamientos merecen protección y cuáles no. Este concepto de obra de arte tiene un carácter metajurídico, igual que el de objeto etnológico, histórico o arqueológico, y los reenvíos a las respectivas disciplinas no resuelven el problema de base, porque las concepciones que allí se sitúan son en exceso movedizas. Se requiere, por tanto, una convención jurídica, cuya finalidad dependerá de los objetivos de la acción normativa, sea ésta nacional o internacional y que recogerá en su contenido la mención a los valores que deben atesorar los objetos protegidos: valor artístico, histórico, arqueológico, etnológico, etc.

Porque, además, con el concepto de obra de arte no basta. El llamado mercado de arte incluye la circulación de algo más que objetos artísticos, entendidos *stricto sensu*. Por ejemplo, el 4 de noviembre de 2014 se realiza la subasta, en la casa Sotheby's, de Londres, de varios lotes de libros sobre ornitología, que incluyen diversos ejemplares de historia natural del siglo XVIII y XIX[45]. Rizando el rizo, el 29 de junio de 2010 fue subastado en Sydney un mechón de pelo perteneciente a Napoleón, cortado cuando agonizaba en la isla de Santa Elena. Fue rematado por 13.217 $[46]. El 20 de junio de 2006, el presidente de la República francesa, Jacques Chirac, inauguró en París el Museo del Quai Brandy, dedicado a los objetos etnológicos, circunstancia que espoleó notablemente el mercado de estos objetos. Inclusive la inauguración coincidió con la subasta en la casa Druot de una máscara Fang de Gabón por seis millones de euros[47]. Podríamos seguir rastreando el incremento del tráfico en el mercado de objetos no necesariamente artísticos, como especímenes de fauna, flora y anatomía, postales, monedas, sellos, archivos, imágenes fotográficas, instrumentos de música, vehículos antiguos, etc.

Todas esas categorías pueden reenviarse al concepto más amplio de bien cultural. Su impacto armonizador –formulado como bien, patrimonio o propiedad cultural[48]– ha sido evidente y ha calado hondo en el discurso académico, en la

---

44. *Cfr.* J. Jiménez, *Teoría del arte,* Tecnos y Alianza, Mdrid, 2002, p. 114.
45. Véase en *http://www.sothebys.com/es/auctions/2014/travel-atlases-maps-natural-history-l14405.html.*
46. La noticia en *http://ecodiario.eleconomista.es/espana/noticias/2270776/06/10/Un-mechon-de-pelo-de-Napoleon-se-vende-en-subasta-por-13217-dolares.html#.Kku8iQapEVu0Xv4.*
47. En *http://www.coam.org/pls/portal/coam_noticias.pkb_noticias_admin.abrir_adjunto1?p_id=14637.*
48. Sobre la distinción terminológica entre patrimonio cultural y propiedad cultural, véase, entre otros, Lyndel V. Prott y Patrick J. O'Keefe, «Cultural Heritage or Cultural Property?», en *International Journal of Cultural Property,* vol. 1, issue 2, july 1992, pp. 307-320; y Naomy Mezey, «The Paradoxes of Cultural Property», en *Columbia Law Review,* vol. 107, 2004, pp. 2012-2018.

práctica internacional y en las legislaciones nacionales. Pero su fuerza unificadora no ha llegado a hacerle cobrar un sentido unívoco en los tratados internacionales que se dedican a regular la protección del patrimonio cultural. Y ello por una razón cronológica y por una razón funcional. En cuanto a la cronológica, porque el esfuerzo cooperativo internacional se ha desplegado a lo largo de más de cien años, desde las reglamentaciones de La Haya de 1899, que incluyen algunas disposiciones relativas a la protección de objetos artísticos y de otra índole durante el conflicto armado. Aunque el concepto de bien cultural no haya emergido en la práctica internacional sino con la citada Convención de La Haya de 1954. A partir de ahí sí se ha asentado como categoría y se ha recogido en la ya también citada Convención de la UNESCO de 1970 sobre la medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales; en la Convención de la UNESCO de 1972 para la protección del patrimonio mundial cultural y natural; en la Convención de la UNESCO de 2001 sobre la protección del patrimonio cultural subacuático; o en la Convención de la UNESCO de 2003 sobre la protección del patrimonio cultural inmaterial. Y en cuanto a la razón funcional, porque esos tratados atienden a objetivos y finalidades dispares y, por ello, manejan conceptos de patrimonio o bien cultural diferentes.

En efecto, en lo que aquí nos interesa, esto es, en lo relativo al tráfico de bienes culturales, el concepto central se sitúa en el artículo 1 de la Convención de la UNESCO de 1970 que, como señala Patrick J. O'Keefe, tuvo que surgir como fruto de un compromiso entre los países exportadores y los países importadores de bienes culturales, con lo que la definición «therefore describes the ambit within which objects are to be selected for export and import control, thus limiting the kinds of property for which States may be obliged to implement export, and more importantly, reciprocal import controls»[49]. No se concretó una cláusula general definitoria del bien cultural, sino que se recurrió a describir su alcance mediante once categorías[50].

---

49. P. J. O'Keefe, *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic*, IAL, Leicester, 2000, p. 35.
50. El tenor del artículo 1 de la Convención de 1970 es como sigue: «Para los efectos de la presente Convención se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:
a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico;
b) los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;
c) el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos;

Pero la determinación de si un bien cultural cae bajo el régimen de la Convención de 1970 depende de, al menos, una operación más, porque el tenor del artículo 1 menciona que los objetos que correspondan a alguna de las diez categorías allí recogidas tendrán que ser expresamente designados por cada Estado.

La designación por el Estado del bien cultural, como advierte Lyndel V. Prott, ha dado lugar a diversas interpretaciones, pues mientras unos países cuentan con sistemas de clasificación por los que se establecen listas de bienes culturales, lo que muy bien podría valer para los propósitos del artículo 1, otros carecen de ello por completo, por lo que «sont de ce fait, incapables de produire quelque pièce justificative que ce soit pour les objets archéologiques découverts à la suite de fouilles clandestines».

En el proyecto de Directrices de aplicación de la Convención de 1970, examinado por el Comité subsidiario en su segunda sesión, celebrada del 30 de junio al 2 de julio de 2014, y del que hablaremos más adelante, se anima en el parágrafo 12 a los Estados a tener al día dichas designaciones de sus bienes culturales y se advierte de las dificultades que plantean en cuanto a su designación tres categorías de bienes: primera, el producto de excavaciones arqueológicas y paleontológicas clandestinas, de los que no es posible que exista un inventario específico. Por ello, las Directrices aconsejan, como una aproximación útil, la declaración de pertenencia por parte del Estado de todos los yacimientos arqueológicos no descubiertos, para así poder solicitar la restitución de esos bienes si es que han salido ilícitamente de su territorio; segunda, los elementos provenientes del desmembramiento de monumentos artísticos o históricos y de sitios arqueológicos, en los casos en que dichos monumentos y sitios no hayan sido debidamente inventariados; y, tercera, los objetos de interés etnológico y los objetos pertenecientes a comunidades autóctonas, tampoco por lo general debidamente inventariados.

---

d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;
e) antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;
f) el material etnológico;
g) los bienes de interés artístico tales como:
i) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano);
ii) producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material;
iii) grabados, estampas y litografías originales;
iv) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia;
h) manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones;
i) sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;
j) archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos
k) objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos».

Y, además, dicho precepto tiene que interpretarse en conjunción con lo dicho en el artículo 4 de la Convención de 1970, que vendría a establecer la regla de la nacionalidad del bien, consecuencia de los vínculos que deben existir entre el Estado y el bien[51], eso sí, sin olvidar que la definición del bien cultural que estamos glosando sólo lo es a efectos de la Convención de 1970, y que ésta no tiene carácter retroactivo. Son destacables los criterios de pertenencia derivados, uno, de la nacionalidad del autor del bien, que posibilitan que pueda seguir siendo parte del patrimonio de un Estado aunque se encuentre fuera de su territorio; dos, de la fuerza atractiva del principio de territorialidad, que convierte en bienes del Estado los que se encuentren en su territorio y los allí creados por un autor extranjero; y, tres, los bienes adquiridos mediando causa legítima: objetos de intercambio, adquiridos legalmente y el caso concreto de los bienes recogidos por las excavaciones arqueológicas, siempre que cuenten con el consentimiento del Estado del territorio. También puede leerse a contrario este precepto, que subraya la no pertenencia al patrimonio de un Estado de los bienes que se encuentran en su territorio por los diversos motivos que dan lugar a expolios: conflicto armado, arqueología subacuática que no cuenta con el consentimiento del Estado ribereño, cuando se lleva a cabo en sus espacios jurisdiccionales, robo y salida ilegal de un bien.

A salvo de controversias suscitadas por dos o más reclamaciones de un bien que nieguen su vínculo con un país determinado, lo que se derivaría de este artículo 4 es el compromiso de los demás Estados partes en la Convención del reconocimiento del citado vínculo y, por lo tanto, de la pertenencia del bien al patrimonio del Estado. Cuestión aparte será si de ello surge una obligación automática de restitución, en caso de que lo reclame el Estado que tiene esos vínculos con el bien. De ello daremos cuenta en el epígrafe 6, pero podemos anticipar que la respuesta será negativa, dada la forma en que los Estados tienen en aplicar la Convención de la UNESCO de 1970.

Si este es el concepto de bien cultural que maneja la Convención de la UNESCO de 1970, el influjo de su aproximación técnica, e inclusive de su contenido, ha tras-

51. El artículo 4 de la Convención de 1970 dice lo siguiente: «Los Estados Partes en la presente Convención reconocen que para los efectos de la misma, forman parte del patrimonio cultural de cada Estado los bienes que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:
a) bienes culturales debidos al genio individual o colectivo de nacionales de Estados de que se trate y bienes culturales importantes para ese mismo Estado y que hayan sido creados en su territorio por nacionales de otros países o por apátridas que residan en él;
b) bienes culturales hallados en el territorio nacional;
c) bienes culturales adquiridos por misiones arqueológicas, etnológicas o de ciencias naturales con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes;
d) bienes culturales que hayan sido objeto de intercambios libremente consentidos;
e) bienes culturales recibidos a título gratuito o adquiridos legalmente con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes.

cendido a otras normas internacionales. Al menos dos se encuentran emparentadas íntimamente. En primer lugar, el Convenio UNIDROIT de 1995 sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente[52]. Su artículo 2, a los exclusivos efectos de la aplicación de este convenio, define los bienes culturales como «los bienes que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías enumeradas en el anexo al presente Convenio». Y en el anexo, sin mención alguna a la Convención de la UNESCO de 1970, se recogen todas y cada una de sus categorías. Pero esto no hace idénticas ambas definiciones, porque hay una diferencia sustancial entre ambas. En el caso del Convenio UNIDROIT no se requiere que el Estado realice la designación de sus bienes culturales, lo que amplía considerablemente el margen de acción de la Convención. Pero, como recuerda Lyndel V. Prott, y como expondremos más adelante al hablar de las restituciones de los bienes culturales, mientras que la Convención de la UNESCO de 1970 opera sobre una base de reclamaciones diplomáticas entre los países concernidos por la devolución de un bien, el Convenio UNIDROIT de 1995 opera sobre la base del derecho privado, por lo que «it is therefore entirely appropriate that cultural objects, whether or not designated, should be covered by the UNIDROIT Convention»[53]. Piénsese que el núcleo del Convenio UNIDROIT se articula en torno a la posibilidad que abre a Estados y particulares de presentar demandas ante tribunales internos a fin de obtener la devolución de los bienes robados o ilegalmente exportados. Claro que también ese puede ser precisamente uno de los factores que hacen que este Convenio haya sido sólo aceptado por 36 países, frente a los 127 que han asumido el Convenio de la UNESCO, mucho más flexible, menos riguroso e incisivo para los intereses de los Estados y, en particular, de los países de mercado. Pero sobre esto, como se ha dicho, volveremos más adelante.

La técnica de definición de los bienes culturales seguida en los dos instrumentos mencionados también era, con sus peculiaridades, a la que recurría, en el ámbito regional europeo, la Directiva 93/7/CEE del Consejo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro[54]. Esta directiva pretende paliar los efectos colaterales que pueda tener sobre el patrimonio cultural de los Estados miembros la existencia de un mercado único en el que las obras de arte reciben el tratamiento de mercancías y

52. La Convención puede consultarse en *http://www.UNIDROIT.org/other-languages-cp/spanish*.
53. L. V. Prott, *Commentary on the UNIDROIT Convention,* IAL, Leicester, 1997, pp. 26-27.
54. En DO L 74 de 27.3.1993; para un análisis de la Directiva, véase, entre la multitud de trabajos académicos, Luis Martín Rebollo, *El Comercio del Arte y la Unión Europea,* Civitas, Madrid, 1994; Paloma López-Carceller Martínez, *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Jan De Ceuster, «Les règles communautaires en matière de restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre. Analyse de la directive 93/7/CEE du 15 mars 1993», en *Revue du Marché Unique Européen,* 2, 1993, pp. 33-87.

circulan libremente en su seno. Eso sí, se concede a los Estados la posibilidad de reconstituir su patrimonio cultural menoscabado por la salida ilegal de sus bienes en dirección a otro Estado miembro mediante la presentación de una acción de restitución ante los tribunales del país donde se halle el bien. Pero, ¿qué bienes? Los que, según el artículo 1 de la Directiva, reuniesen dos condiciones acumulativas: una, que se encontrasen clasificados –antes o después de su salida ilegal– como patrimonio histórico, artístico o arqueológico nacional según la legislación del país concernido; y, dos, que perteneciesen a una de las categorías del Anexo que incluía la directiva o, sin serlo, fuesen bienes integrantes de colecciones públicas o inventarios de instituciones eclesiásticas. La lista de bienes que recoge el Anexo es similar, aunque no idéntica, a la del artículo 1 de la Convención de la UESCO de 1970, aunque la diferencia más clara estriba en el juego que reserva la directiva, dentro de algunas de las categorías de su anexo a los criterios de la antigüedad y el valor económico del bien. Además, y para evitar tentaciones a países con contenciosos históricos pendientes, precondición para que esta norma saliese adelante, el artículo 13 de la Directiva establecía que sólo sería aplicable a los bienes culturales cuya salida ilegal se produzca a partir del 1 de enero de 1993.

Pero esta definición es historia. En la actual Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012 (refundición)[55] se han producido cambios sustanciales al efecto, eliminando las disfunciones que provocaban tanto la determinación de si un bien pertenece a una categoría del anexo como el juego de la antigüedad y del valor económico sobre determinadas categorías. Así que la definición se ha expandido y simplificado. En virtud del actual artículo 2.1 se entiende por bien cultural «un bien que esté clasificado o definido por un Estado miembro, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de dicho Estado miembro, como «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional», con arreglo a la legislación o procedimientos administrativos nacionales en el sentido del artículo 36 del TFUE».

Estas definiciones anteriores de bien cultural, incluidas en la Convención de la UNESCO de 1970, en el Convenio UNIDROIT de 1995 y en la Directiva 2014/60/UE, tienen en común el campo objetivo de aplicación: las salida ilegal de un bien del territorio de un Estado, en caso de robo o de infracción de su legislación. Pero hay otros supuestos de regulación internacional que, indirectamente, contemplan casos de tráfico de bienes culturales y que se aplican a concretos bienes culturales, tal y como se encuentran definidos en las normas internacionales. Dos son los supuestos: la protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado y del patrimonio cultural subacuático.

55. En DOUE L 159, 28.5.2014.

Como examinaremos más adelante, el conflicto armado puede deslocalizar patrimonio cultural y crear la obligación internacional de restitución al Estado que ha sufrido el expolio. Pero, ¿a qué patrimonio cultural se aplica la protección internacional? La Convención de La Haya de 1954 lo define en su artículo 1 por referencia a tres categorías de bienes, de las que sólo nos interesa la primera, puesto que la segunda se aplica a determinados edificios (artículo 1.b) y la tercera a centros monumentales (artículo 1.c), y si cualquiera de esas dos afectara a bienes muebles –por ejemplo, los edificios del artículo 1.b pueden muy bien ser un museo–, estarían cubiertos por la categoría que nos interesa, la contenida en el apartado a del artículo 1. Este precepto reza lo siguiente: «Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos».

La técnica definitoria seguida es similar en algo a las normas anteriores, pero más bien como recurso ilustrativo, porque en vez de un anexo con categorías cerradas se hace mención ejemplificadora a una lista abierta de patrimonio cultural. Además, y esta es la clave, se recurre a la noción de patrimonio cultural de los pueblos, que debe entenderse como sinónimo de los países, pero siempre que tenga una gran importancia. De ello se deriva, primero, que la determinación del bien cultural protegido por la Convención de La Haya queda, *a priori*, en manos de cada Estado; y, segundo, que no parece incluir todo su patrimonio, sino sólo el de gran importancia.

La dificultad estriba en cómo interpretar ese concepto indeterminado. El riesgo de que se interprete ampliamente es que iría en contra del sentido de la Convención, cuyo objetivo posibilista parece ser el de extender una protección eficaz sobre cierto tipo de patrimonio cultural, el más relevante. Pero si se aplica restrictivamente, el sinsentido sería también notable, puesto que, como advirtiera el delegado suizo en la Conferencia de La Haya que negoció la Convención, eso supondría afirmar que el pillaje sería admisible respecto de determinados bienes culturales que no son considerados por su Estado *de gran importancia*[56].

A los efectos del tráfico, tendremos que incluir en ese concepto tanto el patrimonio mueble en origen como el bien mueble sobrevenido, esto es, el producto del desgajamiento intencional de bienes inmuebles.

56. *Cfr.* Jiri Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict,* Darmouth, Aldershot, 1996, p. 50.

Y en cuanto al patrimonio cultural subacuático, la norma reguladora es la Convención de la UNESCO de 2001 sobre la protección del patrimonio cultural subacuático. También debemos tenerla en cuenta, aunque con matices, por dos razones que militan contra la posibilidad del tráfico: la primera, porque asienta el principio de conservación in situ del patrimonio subacuático en su artículo 2.5; y la segunda, porque contempla el principio de la prohibición de la explotación comercial de este tipo de patrimonio (artículo 2.7). Aún así, los Estados partes se encuentran obligados a la incautación de los «elementos del patrimonio cultural subacuático situado en su territorio, que haya sido recuperado de una manera no conforme» con la Convención (artículo 18.1). Ello abre la espita a la posibilidad de incautación de patrimonio cultural subacuático que pudiera ser reclamado por otro Estado. La Convención no avanza nada en relación con la reclamación y cómo debe sustanciarse, pero indirectamente se estaría refiriendo a la obligación de restitución, puesto que se trata de material incautado.

Por lo tanto, interesa a nuestro estudio la definición de patrimonio cultural subacuático. La Convención protege los bienes culturales definidos en su artículo 1.a: «rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años». Y, a continuación, el citado artículo ofrece una breve lista ejemplificativa[57]. Destáquense tres cuestiones claves para la definición, que han sido bien analizadas por Mariano J. Aznar Gómez[58]. La antigüedad de cien años como barrera; la inmersión total o parcial en ese período de tiempo; y el carácter cultural, histórico o arqueológico como conceptos metajurídicos a uno de los cuales el bien debe responder.

En definitiva, la protección del patrimonio cultural en el ámbito internacional opera en marcos jurídicos diferenciados que tienen como referencia conceptos de bien cultural diversos. Estas definiciones acotan el campo al que se le aplicarán las regulaciones que tengan que ver directa o indirectamente con el tráfico de bienes culturales. No hay, por lo tanto, una única definición de referencia.

Y tampoco, como es obvio, tal definición ha sido aportada desde el ámbito del derecho comparado, en el que, además, el baile terminológico es notable. En las legislaciones nacionales, la terminología mayoritaria se dirige a los conceptos de patrimonio cultural, bien cultural o propiedad cultural. Pero la regla sigue siendo la diversidad. Por ejemplo, el término reliquias, recogido en la ley china

57. Las categorías recogidas en el artículo 1.a de la Convención de la UNESCO de 2001, a título de ejemplo, son las siguientes: «i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; (ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y (iii) los objetos de carácter prehistórico».
58. M. J. Aznar Gómez, *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con especial referencia al caso de España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 219-234.

sobre protección de las reliquias culturales, de 2007; o el término antigüedades, muy profuso, que aparece entre otros países, en la Cyprus Antiquity Law de 2006, en la Antiquities Law de Israel de 1978, o en la Ley sobre protección de antigüedades egipcia de 2010. El concepto de patrimonio histórico, ligado al de cultural, se encuentra en la Ley de protección del patrimonio histórico y cultural de Kazakhstan, de 1992. Mientras que Nicaragua une en su ley de 1978 los términos patrimonio histórico, artístico y cultural, aunque las reformas posteriores hablan ya de patrimonio cultural. México recurre al término bienes nacionales, en su Ley General de 2007.

3. ¿HAY UN SISTEMA INTERNACIONAL QUE REGULA EL TRÁFICO DE OBRAS DE ARTE?

La polisemia que se predica de la expresión *tráfico de bienes culturales* y que se deriva de la multiplicidad de escenas en que este tráfico se hace presente, impide concluir que exista un único sistema internacional o global, abocado a la regulación del tráfico de objetos artísticos, históricos, etnológicos y de naturaleza cultural. No sólo lo impide la diversificación de las causas de ese tráfico, que han dado lugar a respuestas de la cooperación internacional diferentes y no necesariamente coordinadas, también la idiosincrasia de los frutos de esa cooperación, los tratados internacionales que se han celebrado en ese ámbito, nunca universalmente aceptados.

Para algunos autores, como Lorenzo Casini[59], el efecto de la globalización sobre el patrimonio cultural ha supuesto la aparición de tres pautas: la primera, que implica creación de un sistema global de protección del patrimonio cultural; la segunda, que se refiere al establecimientos de regulaciones internacionales sobre comercio y restitución de bienes culturales; y, la tercera, que apunta a la aparición de lo que el autor denomina mecanismos transnacionales, que se concretan en normas globales y estándares de conducta de baja intensidad (*soft law).* En lo que afecta al tráfico de bienes culturales, que es lo que aquí nos importa, sólo dos de esas tendencias guardan relación directa con él y, desde luego, ni son una novedad en el panorama internacional, ni acaban por constituirse en pautas aisladas. Pero vayamos por partes.

El sistema global al que se refiere Casini es el constituido en torno a la Convención de la UNESCO de 1972 para la protección del patrimonio mundial cultural y natural[60]. Se trata de un sistema de tutela, complementario del

59. Lorenzo Casini, «"Italian Hours": The Globalization of Cultural Property Law», en *International Journal of Constitutional Law,* 2011, 9, 2, p. 378.

60. Para un análisis de la Convención, véase Francesco Francioni y Federico Lenzerini (Eds.), *The 1972 World Heritage Convention. A Commentary,* Oxford University Press, 2008. Además, entre otros, Christina Cameron y Mechtild Rössler, *Many voices, one vision: the*

desplegado por los Estados partes, que recae sobre cierto patrimonio cultural, aquél que se define en el artículo 1 de la Convención de 1972 en torno a tres categorías: monumentos, conjuntos y sitios. Por ello, afectan, en lo fundamental, a patrimonio inmueble. A primera vista, la finalidad de la Convención, que es la de proclamar y preservar un patrimonio con valor universal excepcional, poco tendría que decir sobre el tráfico de esos bienes culturales que, por otra parte, parecen encontrarse enraizados en el terreno. Pero todos los bienes, hasta los inmuebles, pueden ser objeto de un traslado que, en algunos casos, bien pudiera implicar el traspaso de la frontera del Estado. El templo de Debod, situado en Madrid, debió su traslado al agradecimiento del Estado egipcio por el apoyo español a la operación internacional liderada por la UNESCO, que permitió el salvamento de los templos de Abu Simbel, amenazados por la construcción de la presa de Assuan.

Los diferentes obeliscos egipcios que se encuentran en París, Roma, Nueva York, Londres o inclusive Estambul, fueron, por lo general, botín de guerra. Todos no: uno de los obeliscos de Ramsés II, originalmente erigidos en Luxor, se encuentra situado en plena plaza de la Concordia, en París. Sobre él se ha aumentado la presión para lograr su vuelta a Egipto[61]. Pues bien, tomemos este caso como ilustrador de las limitaciones que podrían surgir de la Convención de la UNESCO de 1972. Los monumentos, conjuntos o sitios, que gozan de un mayor grado de protección gracias al sistema de tutela implantado por dicha Convención, son los que se encuentran inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial. En este caso, el sitio en el que se integra el obelisco es un macro-sitio, denominado

---

early years of the World Heritage Convention, Ashgate, 2013; Francisco J. Carrera Hernández, «La UNESCO y la gestión del patrimonio mundial: mecanismos de protección y garantía», en Felix Vacas Fernández y otros (Dirs.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural,* Colex, 2009, pp. 135-154; Henry Cleere, «The 1972 UNESCO World Heritage Convention: a success or a failure?», en *Heritage & Society,* vol. 4, nº 2, 2011, pp. 173-186; Víctor Fernández Salinas, «El papel de ICOMOS en los procesos de declaración y seguimiento del Patrimonio Mundial», en *Patrimonio Cultural de España*, nº 2, 2009, pp. 167-177; Craig Forrest, *International Law and the protection of cultural heritage,* Routledge, Nueva York, 2010; Francesco Francioni, «Treinta años después: ¿está la Convención sobre el Patrimonio Mundial preparada para el siglo XXI?», en *Patrimonio Cultural y Derecho,* nº 7, 2003, pp. 11-38; Francesco Francioni, «World Heritage and international law: forty years on», en *World Heritage,* nº 63, pp. 68-73; Amareswar Galla (Ed.), *World Heritage: benefits beyond borders,* Oxford University Press, Oxford, 2012; Jukka Jokilehto, «World heritage: observations on decisions related to cultural Heritage», en *Journal of cultural heritage management and sustainable development,* vol. 1, nº 1, 2011, pp. 61-74; Sophia Labardi, *UNESCO, Cultural Heritage, and Outstanding Universal Value: value-based analyses of the World Heritage and intangible cultural heritage conventions,* Lanham, Altamira Press, 2013; Dennis Rodwell, «The UNESCO World Heritage Convention, 1972-2012: reflections and directions», en *The Historic environment. policy & practice,* vol. 3, nº 1, pp. 64-85.

61. Véase Jacinto Antón, «Desfallece el obelisco del Faraón», en *El País* de 18 de marzo de 2014.

París, orillas del Sena[62], que abarca una amplia zona de la capital francesa, donde se sitúan, entre otros monumentos, Notre-Dame, la Sainte-Chapelle, el Louvre, la torre Eiffel, o les Invalides y que fue inscrito en 1991. La obligación del Estado francés es conservar en su integridad y autenticidad el valor universal excepcional del bien, tal cual fue inscrito en la Lista. ¿Cabría, por lo tanto, aducir que la presencia del obelisco en la plaza de la Concordia sería consustancial al sitio y que, por lo tanto, a falta de una obligación internacional preeminente sobre la emanada para Francia de la Convención, este país no podría deslocalizar el bien, so pena de quedar sometido a las consecuencias adversas que pudiera aplicarle el Comité del Patrimonio Mundial, órgano garante del sistema de la Convención? Desde luego puede afirmarse que la plaza de la Concordia sería algo muy distinto sin el obelisco, pero también que nada aparece referido en concreto a él en la documentación sobre la solicitud francesa que propició la inscripción del bien, ni en el dictamen preceptivo del ICOMOS, que aconsejaba su inscripción.

En el caso del Obelisco de Ramsés II de la plaza de la Concordia puede afirmarse que la vinculación con el sitio en que se integra es menos relevante que lo que sucede con otros sitios de la Lista del Patrimonio Mundial. Pero podrían ponerse otros ejemplos en los que la vinculación resulta consustancial y un traslado del bien arruinaría el estatus derivado de su presencia en la citada Lista. Por ejemplo, pasaría con el Minarete de Djam, en Afganistán, integrado en el sitio denominado *Minarete y vestigios arqueológicos de Djam*[63]. En esta ocasión, la obligación que incumbiría a Afganistán, si quisiera mantener el sitio en la Lista, le impediría, por la causa que fuese, favorecer su traslado, fuese donde fuese, lo que incluiría su venta y posterior traspaso de la frontera.

Son éstos supuestos excepcionales, pero que cuentan, no en lo que se refiere al comercio con este tipo de bienes, pero sí a su posible destrucción por el Estado donde se encuentran, con algún precedente tan sonado como el de la voladura de los Budas de Bamiyán, realizada en 2001 por el gobierno afgano de entonces. Por lo tanto, y a pesar de que pudiera sostenerse que la Convención de 1972 no incluye ningún mandato jurídico que afecte al tráfico de bienes culturales, la situación en los casos extremos demuestra lo contrario.

A salvo de lo comentado sobre este sistema, que sí contiene ciertos rasgos de gobierno global, pero que sólo se aplica a la propiedad cultural inmueble, y que no es sustitutivo de la acción tutelar de cada país sobre su propio patrimonio, no hay ningún otro que reúna características similares. Porque la regulación internacional que puede influir sobre el tráfico de bienes culturales surge históricamente de la preocupación por la protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado –Convención de La Haya de 1954 y sus dos protocolos, uno de 1954 y otro de 1999–; de la lucha contra el robo o la salida ilegal de bienes culturales de su

62. En *http://whc.UNESCO.org/fr/list/600.*
63. En *http://whc.UNESCO.org/fr/list/211.*

país de origen –Convención de la UNESCO de 1970 sobre la medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales–; de la preservación del patrimonio que se encuentra sumergido, total o parcialmente –Convención de la UNESCO de 2001 sobre la protección del patrimonio cultural subacuático–:

Estas convenciones han tenido como motor de su celebración y lo tienen como supervisor de su evolución y, hasta cierto punto, garante de su cumplimiento, a la UNESCO. Además, el organismo internacional ha sido prolífico en la adopción de resoluciones en el terreno del patrimonio cultural, muchas de las cuales, a despecho de su carácter no vinculante, han ejercido una influencia destacable en las legislaciones de los Estados miembros, en la maduración de la opinión pública internacional y como preparación para las negociaciones internacionales. No es preciso que sigamos incorporando datos a la constatación de lo evidente: la aportación esencial e irreemplazable de la UNESCO en el ámbito del patrimonio cultural. Pero de ahí a calificar éste como un sistema de carácter global va un gran trecho, que pasa por alto la carencia o la afirmación de competencias muy leves del organismo de la ONU en terrenos clave, como la solución de controversias que puedan suscitarse entre los Estados miembros en el ámbito del patrimonio cultural, la capacidad de imponerles estándares de conducta o la de supervisar el cumplimiento de los que han aceptado. Por eso, no parece posible afirmar que estemos ante un régimen global, auspiciado por la UNESCO. No es descartable que pueda serlo en un futuro, pero el punto de maduración, medido con el termómetro de las pretensiones estatales de no perder competencias soberanas en este terreno, está más que alejado.

4. LA REGULACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

4.1. EL ARTÍCULO XX.f DEL GATT

Sostiene Kurt Siehr[64] que si los objetos artísticos fueran tratados como otras mercancías en el comercio internacional, entonces «we would have to talk about letters of credit charter parties, import and export regulations, embargos, dumping, most-favoured nation clausses, GATT and arbitration»; y, sin embargo, solo se utilizan dos mecanismos de los señalados por el autor: las regulaciones sobre la importación y la exportación. Para Siehr, la diferencia entre las obras de arte y las mercancías se centran en tres cuestiones: una, que aquéllas no se venden atendiendo a la cantidad, dado el carácter único y singular de la obra de arte; dos, que por lo general las obras de arte no se han creado para la exportación; y, tres, que no sólo los coleccionistas individuales están interesados en la posesión

64. K. Siehr, «International Art Trade and the Law», en *R. des C.*, 1993, VI, t. 243, p. 25.

de las obras de arte, también algunos Estados pretenden retener en su territorio nacional los bienes que consideran de su patrimonio[65].

Sea esto o no verdad, y es discutible en algunos casos, que incluso Siehr menciona –la obra gráfica que se vende en serie; o los encargos a un artista por parte de alguien que reside en otro país–, no hay una regulación internacional específica para el comercio de obras de arte, por lo que las normas aplicables a dicho tráfico son las generales, esto es, las de la legislación comercial internacional y, por lo tanto, en la medida en que reciben el tratamiento de mercancías, las contenidas en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT en sus siglas inglesas). Eso sí, el reconocimiento a su singular naturaleza o, mejor dicho, al fuerte interés de los Estados por controlar ese tráfico concreto, hizo que en el GATT se incluyese una excepción, una cláusula derogatoria, que les faculta para adoptar o aplicar medidas «impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico» (artículo XX.f). Ahora bien, la adopción de medidas de ese tipo por un Estado no puede emboscar un trato discriminatorio o arbitrario, bajo la excusa de la protección de los tesoros nacionales.

El recorrido del artículo XX.f del GATT ha sido inexistente en la práctica comercial internacional. De él, por no tener, no siquiera contamos con una interpretación ni de los órganos del sistema de arreglo de controversias ni de la que acompañó en su origen al GATT del 1994. La única vez que se ha pensado en el citado artículo ha sido desde la academia y para sostener, con notable falta de técnica jurídica, que bajo su amparo pudiera encontrar acomodo la protección de la industria cultural a fin de proteger la identidad nacional[66]. Sin embargo, debe coincidirse con Frederick Scott Galt[67] en que la interpretación de una cláusula derogatoria de esta naturaleza debe ser restrictiva y no puede aplicarse en esa dirección, quedando reservada a los tesoros nacionales pues lo contrario, como jocosamente sostiene el autor citado «leads to such absurd results as Bruce Springsteen's *Born in the USA* and Federico Fellini's *La Dolce Vita* falling within the scope of article XX protection».

El término *tesoro nacional de valor artístico, histórico o arqueológico* no puede ser sino una suerte de cheque a favor de los Estados siempre que, eso sí, pueda rastrearse un mínimo de vinculación con el bien y éste pueda tener también un mínimo de valor artístico, histórico o arqueológico. Y eso nos conduce, de nuevo, a conceptos metajurídicos, solo desbrozados si hubiera litigios sobre alguna medida

65. *Cfr. Ibid.*
66. Así se expresa Harry Hillman Chartrand, «International Cultural Affairs: A 14 Country Survey», 22 *Journal. ARTS MGMT., LAW & SOC'Y* 2 (1992).
67. F. Scott Galt, «The Life, Death, and Rebirth of the "Cultural Exception" in the Multilateral Trading System: An Evolutionary Analysis of Cultural Protection and Intervention in the Face of American Pop Culture's Hegemony», en *Washington University Global Studies Review,* vol. 3, Issue 3, 2004, pp. 912-913.

protectora de un Estado respecto de sus tesoros nacionales. Y también a señalar que ese concepto que maneja el artículo XX.f del GATT debe entenderse como más restrictivo que el concepto de patrimonio cultural, que incluye otros tipos de valores en su seno.

Como un eco del artículo XX.f del GATT, el Tratado de la Comunidad Económica Europea recogió en 1957, en su artículo 30 (actual artículo 36 del TFUE) una disposición similar que exceptuaba de la adopción de restricciones cuantitativas o medidas de efecto equivalente las prohibiciones a la exportación o la importación por razones de protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional. Y en la misma línea siguieron otros acuerdos regionales con una redacción idéntica, como la Comunidad Andina (artículo 73 f del Acuerdo de Cartagena, de 26 de mayo de 1969[68]), el CARICOM (artículo 23 h del Tratado de Chaguaramas, de 4 de julio de 1973[69]), el ALADI (artículo 50.f del Tratado de Montevideo, de 12 de agosto de 1980[70]), la ASEAN (artículo 8.f del Asean Trade in Goods Agreement, de 26 de febrero de 2009[71]).

De esta manera parece haberse configurado «una especie de principio general del Derecho aduanero para la protección de los bienes culturales», como sostiene I. Rodríguez Fernández[72]. Más bien, en pura técnica jurídica, se trataría de una norma de carácter consuetudinario desarrollada a partir de una práctica convencional. Pero tal principio juega sólo respecto del patrimonio cultural de cada uno y no del de los otros Estados. En efecto, como entiende Jia Min Cheng, el problema está en que los Estados «are protective of what they consider to be their own cultural property, but at the same time are unwilling to acknowledge that a certain desirable atwork is the protectable, potentially unattainable, cultural property of another State»[73]. Lo cual, en este movedizo mundo del tráfico de obras de arte, en el que unos reciben y otros ven cómo su patrimonio se va marchando, no deja de ser una quimera que haya un reconocimiento mutuo de las legislaciones sobre patrimonio cultural de los diversos Estados. Los países de mercado no van a tender a aceptar eso, salvo que se encuentren en un escenario muy acotado en el que las fronteras se hayan diluido, con un único mercado, como pasa dentro de la Unión Europea.

---

68. Véase en *http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DBasicos/DBasico1.doc.*
69. Véase en *http://www.sice.oas.org/Trade/CCME/Chaguaramastreaty_e.pdf.*
70. Véase en *http://www.aladi.org/nsfaladi/juridica.nsf/inicio2004.*
71. Véase en *http://www.asean.org/images/2013/economic/afta/atiga%20interactive%20rev4.pdf.*
72. I. Rodríguez Fernández, «La Directiva 93/7/CEE del Consejo, de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro», en P. Barraca de Ramos (Ed.), *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales,* Ministerio de Cultura, Madrid, 2008, pp. 153-161, p. 154.
73. Jia Min Cheng, «The Problem of National Treasure in International Law», en *Oregon Review of International Law,* vol. 12, 2010, p. 152.

4.2. LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILEGAL DE BIENES CULTURALES: LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1970

El núcleo fundamental del esfuerzo internacional contra el tráfico ilegal de bienes culturales se concreta en un tratado que ha cumplido ya más de cuarenta años de andadura: la *Convención de la UNESCO de 1970 sobre la medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales*[74]. Es el primer tratado que aborda la regulación del patrimonio cultural en tiempo de paz, aunque su objetivo es más limitado, pues se centra en combatir el tráfico ilegal de bienes culturales en sus dos vertientes: que sus propietarios hayan sido robados, o que el bien, con o sin el consentimiento del propietario, haya salido ilegalmente del territorio del Estado que lo considera parte integrante de su patrimonio cultural. Su negociación fue dificultosa, porque enfrentó a los países partidarios de la libre circulación de los bienes culturales con los que pretendían salvaguardar su patrimonio del expolio que, por diversas causas, habían sufrido históricamente, por tanto, a los países del Norte con los del Sur, a los países de mercado frente a los países-fuente o de origen de los bienes culturales. Su vida posterior ha mezclado unas buenas dosis de éxito callado e influencia indudable y de incertidumbres acerca de su aplicación y un cierto nivel de frustración por la escasa eficacia alcanzada en el cumplimiento de sus objetivos máximos. Ahora, con esos cuarenta años de vigencia a las espaldas, el esfuerzo para pulir sus limitaciones y garantizar mejor su aplicación uniforme parece haberse abordado con denuedo.

El efecto de este tratado sobre el tráfico ilícito de bienes culturales ha sido incuestionable, también lo han sido sus limitaciones. Incuestionable, porque ha ejercido un influjo evidente sobre los Estados que lo han ido aceptando, ha difundido entre ellos una suerte de concienciación acerca de la necesidad de proteger el patrimonio cultural propio, luchar contra el mercado negro de bienes culturales, establecer leyes específicas y desarrollar mecanismos de control administrativo sobre las exportaciones. Limitado, por unas cuantas razones: la primera, que en sus primeros años, los países de mercado no la aceptaron. Si la Convención entró en vigor el 24 de abril de 1972, Estados Unidos fue el primero de esos países en hacerlo, en 1983, una fecha relativamente temprana respecto de otros países de mercado: Francia (1997), el Reino Unido y Japón (2002), Suiza (2003), Alemania (2007), Bélgica y Holanda (2009). Algunos países europeos, como Austria, Irlanda, Letonia, Luxemburgo o Malta, todavía no la han suscrito. En total, en la

74. Su texto oficial puede encontrarse en *http://portal.UNESCO.org/es/ev.php-URL_ID=12024&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.* Sobre la Convención de 1970, Patrick J. O'Keefe, *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic,* IAL, Leicester, 2000; para el origen de la Convención de 1970, véase James A. R. Nafziger, «The 1970 UNESCO Convention: Insights, Circumspections, and Outlooks», en *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3457/14.pdf.*

actualidad, la Convención obliga a 127 Estados, por lo que quedan todavía fuera de su ámbito más de setenta, algunos países de mercado tan activos y emergentes como los Emiratos Árabes Unidos y Singapur. Y, junto a ellos, Estados africanos, fundamentalmente, pues sólo en torno a un cincuenta por ciento del continente ha aceptado la Convención[75].

La segunda limitación atiende a la falta de institucionalización de la Convención, en vías de solución, y a su muy tardío desarrollo reglamentario, cuestiones que están íntimamente vinculadas. Y que tienen mucho que ver con los sistemas de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. Tres son las piezas básicas de un sistema de cumplimiento internacional de un tratado: la obligación de los Estados partes de presentar informes acerca de cómo aplican las obligaciones derivadas del tratado; un órgano gestor, con competencias muy variables, desde el desarrollo reglamentario al cumplimiento de funciones preventivas y reparadoras de los posibles incumplimientos; y un sistema de arreglo de las controversias que puedan suscitarse y de sanción de las infracciones cometidas por los Estados.

De esas tres patas del sistema de cumplimiento, en origen, la Convención de 1970 sólo contaba con una, la prescrita en el artículo 16, en el que se establece la obligación de los Estados partes de informar a la UNESCO sobre la legislación adoptada en aplicación de la Convención y sobre la manera en que se aplican tanto las medidas legislativas como las disposiciones convencionales. Nada se dice de la periodicidad de tales informes, en la Convención, aunque en 2003 la Conferencia general de la UNESCO estableció que debe hacerse cada cuatro años. Hasta entonces, también a iniciativa de la UNESCO, hubo cinco oleadas de entrega de informes, desde 1978. En la actualidad, la última corresponde a 2011[76]. Cuestión distinta es la del número de países que han cumplido con la citada obligación, no siempre todos, ni siempre presentando informes de elevada calidad, pero tanto uno como otro extremo son lugares comunes en la práctica internacional similar. Por ejemplo, diecisiete lo hicieron en la primera oleada, correspondiente a 1978 –de los treinta y nueve que entonces eran Estados partes–; y cuarenta y seis en 2011 –de los ciento veinte Estados partes–:

Pero, descontada la cuestión de los informes, la Convención de 1970 no contempla en su articulado ningún órgano gestor, ni ningún medio de arreglo de controversias, ni ningún procedimiento relativo a las infracciones que puedan cometer los Estados partes. No puede decirse que cuente, por tanto, con un sistema de cumplimiento.

---

75. Sobre el particular, Folarin Shyllon, «Implementation of the 1970 UNESCO Convention by African States: The Failure to grasp the Nettle», Backgound paper for participants in the *Second Meeting of States Parties to the 1970 Convention;* en *http://www.UNESCO.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Shyllon_en.pdf.*
76. Los informes pueden consultarse en *http://www.UNESCO.org/new/fr/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/periodic-reporting/.*

Aunque el tratado no lo haya recogido en origen, la reflexión sobre las dificultades que ha encontrado la aplicación de la Convención ha propiciado un cierto proceso de institucionalización. En efecto, con independencia del papel activador que juega la UNESCO, en virtud del artículo 17 de la Convención de 1970, ésta no ha contado con órganos de gestión hasta hace muy poco. Rastreando en el ámbito de la cooperación internacional para la preservación del patrimonio cultural, podemos localizar algunos tratados que sí cuentan con órganos de este tipo, como el Comité del Patrimonio Mundial, sobre el que gravita la gestión de la Convención de la UNESCO de 1972. Pero no ocurría lo mismo con la Convención de 1970, pues nada en su articulado contemplaba (ni contempla) la existencia de órganos de ningún tipo. A iniciativa del Consejo ejecutivo de la UNESCO, se comenzaron a celebrar, en fecha tan tardía como 2003, *Reuniones de los Estados partes,* entendiéndolas como órgano soberano de la Convención. Hasta el momento, sólo se han celebrado dos regulares –la primera en 2003, a la que acudieron cuarenta y nueve países, sobre un total de cien[77]–, y la segunda, en 2012, coincidiendo con los cuarenta años de vigencia de la Convención. También se ha celebrado una tercera, en 2013, de carácter extraordinario, que tuvo casi como único objetivo la designación de los miembros de un órgano de la Convención, que había sido creado el año anterior: el *Comité subsidiario,* órgano dependiente de la *Reunión de los Estados Partes.*

Así que ya hay, aunque modesto, un cierto grado de institucionalización, gracias a la creación de este comité. El mandato del *Comité subsidiario,* órgano que llega a gestionar la Convención de 1970 cuarenta años después de su entrada en vigor, incide sobre algunas de sus disfunciones: examen de los informes de los Estados; sometimiento a la Reunión de los Estados Partes de directrices, recomendaciones y buenas prácticas sobre la aplicación de la Convención; coordinación, en lo relativo a la restitución de bienes culturales, con el *Comité intergubernamental para la promoción del retorno de bienes culturales a sus países de origen,* un comité que examina los casos que no caen bajo la aplicación de alguna de las convenciones de la UNESCO.

Una de las tareas que el Comité subsidiario ha abordado con urgencia, esto es, con la urgencia que se deriva de afrontar las cuestiones con cuarenta años de retraso, ha sido la elaboración de unas directrices de aplicación de la Convención[78]. Piénsese que las directrices de la Convención de la UNESCO de 1972, texto que entró en vigor el 17 de diciembre de 1975, fueron adoptadas ya en 1978 y han sido constantemente revisadas y modificadas desde entonces. Pero el aliento que ha empujado a una y a otra convención es muy diferente. Sobre el proyecto que

77. Véase el Informe final en *http://unesdoc.UNESCO.org/images/0013/001326/132663f.pdf.*
78. El cuarto borrador de las directrices, que está examinando el grupo de trabajo informal creado por el Comité subsidiario, es de 3 de abril de 2014, y puede verse en *http://www.UNESCO.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/2014_04_03_Fourth_draft_OG_proposed_by_the_Chair.pdf.*

ahora se está analizando en el grupo de trabajo informal constituido al efecto por el Comité subsidiario ya han surgido las primeras voces que pretenden –eso sí, con toda la lógica jurídica– situar en términos limitados el papel que deben desempeñar las Directrices de aplicación. Canadá ha argüido al respecto que «the purpose of the Operational Guidelines is to assist States Parties in implementing the provisions of the Convention, not to propose actions falling outside those provisions, regardless of whether they can be argued to reflect a similar "spirit". As Canada has indicated in previous comments, to include such proposals would constitute a *de facto* revision of the Convention»[79].

Al hilo de la opinión canadiense, y de manera apriorística, si examinamos la composición del Comité subsidiario[80], nos encontramos con que de los dieciocho Estados miembros, sólo uno puede calificarse de neto país de mercado, Japón, mientras que China, aunque ocupa una vigorosa posición como centro de atracción de bienes culturales, también despliega una fuerte política de retorno de sus bienes culturales. Es decir, la composición del órgano no responde a los equilibrios que dieron lugar a la Convención y que, de hecho, han precarizado su eficacia. Escorado hacia los intereses de los países de origen, pudiera ser que las Directrices aportaran un cierto desarrollo progresivo de las normas de la Convención de 1970. Por otra parte, nada nuevo, pues eso es lo que ha hecho, aunque en un clima de consenso más acusado, el Comité del Patrimonio Mundial con las Directrices de aplicación de la Convención de la UNESCO de 1972.

Pero ni el papel de las Directrices ni la labor del Comité se ven necesariamente de la misma manera. Incluso desde posiciones académicas, tal vez sugestionadas por el proceso que ha conducido a tales resultados, se ve como algo más, una respuesta a las carencias de una Convención que, en palabras de James Nafziger, está lejos de ser perfecta y de ahí la creación de un comité para revisarla y considerar nuevas direcciones de desarrollo[81]. Para Lyndel V. Prott, Antigua Directora de la División de Patrimonio Cultural de la UNESCO, a la que se le encargó por el Comité subsidiario un estudio preparatorio de la Directrices de aplicación[82], la finalidad de éstas es la de clarificar ciertas disposiciones mediante la práctica de los Estados y alentar a una aplicación más seria de la Convención.

¿Qué se pretendía cuando se celebró y por qué sus cuarenta años de existencia han deparado esa mezcla de éxito y frustración a la que hemos aludido? Tal vez la clave para explicarlo se encuentre en el delicado equilibrio al que se llegó

79. Véase el Compendio de observaciones escritas al cuarto proyecto de Directrices.
80. Véase, para mandato 2013-2015/2017, en *http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/normative/pdf/1970_SubsidiaryCommitteeMembers_EN_2013.pdf.*
81. *Cfr.* James A. R. Nafziger, «The 1970 UNESCO Convention: Insights, Circumspections, and Outlooks», *op. cit*, p. 219.
82. El estudio de Lyndell Prott puede verse en *http://www.UNESCO.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/INF2-SC1_studybyLVP_fr_01.pdf.*

con el diseño de la Convención, que reflejaba un acuerdo muy de mínimos entre el bloque de países de mercado y el más numeroso de países-fuente. Un equilibrio posible que se basó, como sostiene N. M. Van der Horst[83], en la flexibilidad del texto y en la participación temprana de Estados Unidos. Esta participación, dice el autor citado, «was of vital importante for the effectiveness which could be expected from the Convention. Somewhat paradoxical but nevertheless understandable is the very restrictive interpretation which the US has given to the Convention»[84].

En efecto, y aunque lo abordaremos más tarde, pudiera ser la flexibilidad, y también el juego de las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por los Estados, entre ellas las de Estados Unidos, aunque también el hecho de que en estos más de cuarenta años de vigencia de la Convención de 1979, ninguna controversia relativa a la interpretación del alcance de sus obligaciones ha sido sometida a medio alguno de arreglo, sea mediante el recurso a un tribunal internacional, sea mediante el sometimiento a arbitraje. Esa coexistencia pacífica se basa, por tanto, en el entendimiento de que, como en tantos otros tratados internacionales, su cumplimiento y la eficacia de sus postulados se traslada al modo en que los Estados apliquen sus disposiciones, por tanto, a la legislación que adopten en lo tocante a su ejecución. Aunque pueda decirse que las disposiciones de la Convención de 1970 no gozan de aplicabilidad directa, y tal vez haya que compartir esta afirmación, tampoco podremos tener absoluta constancia de ello si no ha habido pronunciamiento de la jurisdicción internacional.

No es desde luego nuestra intención realizar el análisis de la Convención en ese sentido, pero sí, al menos, debemos exponer los elementos esenciales de su régimen. Una vez analizada la definición de bien cultural en el epígrafe 2, donde hemos tratado sus artículos 1 y 4, examinaremos en este epígrafe las obligaciones fundamentales que surgen para el tráfico de bienes culturales –sobre todo las contenidas en los artículos 2, 3 y 6–, y postergaremos al epígrafe 6 las obligaciones referidas a la restitución de los bienes ilegalmente exportados –sobre todo el artículo 7–: Pues bien, los dos principios fundamentales sobre los que se asienta la Convención de la UNESCO de 1970 se encuentran contenidos en los artículos 2 y 3, en virtud de los cuales los Estados reconocen que «la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales constituyen una de las causas principales del empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen de dichos bienes», por lo que los Estados «se comprometen a combatir esas prácticas con los medios de que dispongan, sobre todo suprimiendo sus causas, deteniendo su curso y ayudando a efectuar las reparaciones que se impongan» (artículo 2). De ahí que se obligan a considerar como «ilícitas la importación, la ex-

83. *Cfr.* N. M. Van der Horst, «The Dutch Ratification of UNESCO: Implementation Acts and the Protection of Cultural Property», en *Art, Antiquity and Law,* vol. XV, Issue 3, octubre, 2010, p. 262.

84. *Ibid.*

portación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Partes en virtud de la presente Convención» (artículo 3). El alcance del contenido del artículo 2 ha sido calificado de retórico por algunos autores[85] o como propio de una disposición que no crea obligaciones para los Estados partes, pues requiere de posterior desarrollo legislativo[86]. Pero quizás lo primero sea una exageración, porque tales principios deben interpretarse en conexión con el resto de la Convención, que concreta líneas de actuación del Estado parte en varias direcciones: primera, la preparación de cada país para combatir tal fenómeno, mediante la creación de servicios nacionales de protección, reformas legislativas, elaboración de inventarios de bienes, control de las excavaciones arqueológicas, y acción educativa e informativa (artículo 5); segunda, el control de las exportaciones, mediante el certificado de exportación (artículo 6) y la adopción de sanciones penales o administrativas a quien exporte sin tal certificado (artículo 8); y tercera, el control de las importaciones, que se regula en el central artículo 7 y que incluye la obligación de adoptar medidas para impedir la adquisición por museos e instituciones similares de determinados bienes culturales robados o exportados ilícitamente, a realizar su decomiso a petición del país de origen, y a restituirlo si se cumplen ciertas condiciones.

Este conjunto de obligaciones no son de carácter retórico, sino que incumben a los Estados partes, aunque sea verdad que es preciso su desarrollo normativo, lo cual no rebaja su intensidad de obligar. Cuestión aparte es que, en alguno de estos preceptos, se incluyan fórmulas que condicionan la prestación de la obligación a la situación de cada país, como sucede en el caso de la obligación de establecer servicios de protección del patrimonio. Pero en otros casos, como lo que hace al establecimiento del certificado de exportación y las prohibiciones de salida de bienes sin tal certificado y de importación ilegal, los Estados han de cumplir con ellas. Y si no lo hicieren, incurrirían en responsabilidad internacional. Solo que nadie ha actuado en ese terreno, aunque haya países que no cumplen con obligaciones de las mencionadas. No cumplir puede ser no desarrollar legislativamente la Convención, o hacerlo de una forma contraria a las obligaciones en ella contenidas. Es cierto que la situación jurídica de cada Estado parte debe ser enjuiciada en ese terreno a la luz a de las reservas que haya formulado en el momento de prestar su consentimiento por la Convención.

En el artículo 3 se basa John H. Merryman para considerar que esta convención es una clara manifestación del nacionalismo cultural, en la medida en que este precepto constituye un auténtico cheque en blanco en favor de los Estados,

85. *Cfr.* Nina R. Lenzner, «The Illicit International Trade in Cultural Property: Does the UNIDROIT Convention Provide an Effective Remedy for the Shortcomings of the UNESCO Convention?», *Journal of International Business Law,* vol. 15.1994, 3, pp. 479-480.

86. Zsuzsanna Veres, «The Fight Against Illicit Trafficking of Cultural Property: The 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention», en *Santa Clara Journal of International Law,* vol. 12, issue 2, 2014, pp. 97-98.

que son los que, en conjunción con la forma que en el artículo 1 de la Convención se definen los bienes culturales cubiertos por ella, designan los bienes culturales y determinan mediante su legislación qué salida de su territorio es ilegal. Claro que el juego exitoso de la Convención está precisamente en que los otros Estados endosen el cheque de cualquier otro país parte, pues la función de la Convención es «to encourage the recipient state to pass laws directing border control agents to confiscate goods whose importation violates the export restrictions of the origin states»[87].

Para ello, qué mejor que contar con un certificado de exportación expedido por la autoridad competente del país del que sale el bien. Por eso, el artículo 6 obliga a los Estados partes a establecer un certificado de exportación que deberá acompañar a todos los bienes culturales regularmente exportados; y, en consonancia con ello, el Estado debe prohibir la salida de aquellos bienes que carezcan de tal certificado de exportación. Pero obsérvese que la prohibición no alcanza a la entrada, sino a la salida del bien, no afecta al Estado al que es importado el bien, sino al que lo exporta, a su administración cultural, que lo emite, y a sus autoridades aduaneras, que lo controlan. Por eso, en el proyecto de Directrices de aplicación (par. 58) se explica que, en el espíritu de la Convención, los Estados partes deberían prohibir la entrada en su territorio de los bienes culturales protegidos que no vayan acompañados del certificado de exportación, convirtiendo en ilegal la importación. Pero el uso del tiempo verbal aclara que la posición no deja de ser *de lege ferenda*. Eso sí, las Directrices se explayan en el contenido del certificado de exportación que, por otra parte, ha sido objeto de modelización por acuerdo entre la propia UNESCO y la Organización Mundial de Aduanas, y se incorpora en un anexo de las propias Directrices.

Pero, en línea con lo anterior, se presenta la tercera limitación que manifiesta la Convención de 1970 –aunque también pudiera interpretarse como ventaja–, la de la flexibilidad con que fue concebido el conjunto de obligaciones que contiene o, al menos, tal y como las aplican los Estados partes. Aunque más bien podría argumentarse de otra manera, como la ambigüedad de los términos de la Convención, que ha permitido un amplio abanico de interpretaciones y, por lo tanto, ha dado lugar a una aplicación carente de homogeneidad. Y ello, por lo tanto, incentiva la capacidad de los Estados de limitar las obligaciones que se derivan de la Convención. No pocos lo han hecho por la vía del desarrollo legislativo de la Convención, otros, la mayoría, al no desarrollarla. Según se deriva de los informes periódicos que presentan los Estados sobre el cumplimiento de la Convención[88], menos de la mitad son los que han tomado medidas de ejecución. Es cierto que

87. Véase Eric Possner, «The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations», en 8 *Chicago Journal of Internacional Law* 213 (2007).
88. Los informes pueden encontrarse en *http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/periodic-reporting/*.

algunos, como el Reino Unido, entienden que es suficiente con la legislación sobre patrimonio que tenían y que otros lo que han hecho es modificar la existente.

Y entre los países que han adoptado la legislación de desarrollo, los problemas que se plantean se derivan tanto de las ambigüedades contenidas en el texto del tratado, que permiten una aplicación no uniforme, como de las libertades que se toman los Estados a la hora de desarrollar los aspectos que quieren y hacerlo como quieren. En cuanto a las ambigüedades, se trata de términos como por ejemplo, el participio *hallado* contenido en el artículo 4.b, que determina, como vimos, la vinculación de un Estado con «los bienes culturales hallados en el territorio nacional»[89]. Para unos Estados, esta disposición sólo haría referencia a los bienes que han sido descubiertos, mientras que para otros, cubriría también a los bienes que pudieran ser descubiertos, *hallados,* en el futuro.

Y en cuanto a las disparidades en la ejecución, unos países, como China, Japón o Corea del Sur, prestan particular atención en sus leyes al flujo de bienes hacia la exportación y mucho menos al relativo a la importación[90]. Esa circunstancia también se produce en el caso de los países europeos, en los que raramente se establecen controles a la importación, mientras que las sanciones para las importaciones ilegales no se imponen con carácter singularizado respecto de otras como las que se aplican al robo[91].

Algunos países han trabajado conscientemente por la disminución del juego normativo de la Convención de 1970. La política de debilitamiento por parte de Estados Unidos fue contundente pues, además de la actitud de su delegación durante la negociación –que sirvió, entre otros extremos para edulcorar el sentido del artículo 7, eliminando la obligación de los países importadores de retornar los bienes culturales ilícitamente exportados–, acompañó su aceptación de la Convención por una reserva y seis declaraciones interpretativas. Y, además, su legislación de ejecución, la *Convention on Cultural Property Implementation Act,* de 1983, que sólo aplica los artículos 7 y 9 de la Convención de 1970, responde frente a los países con los que ha suscrito acuerdos bilaterales, que sólo son trece.

No podemos realizar un balance final de la Convención de la UNESCO de 1970 antes del análisis de la regulación que dedica a las restituciones, pero sí que es posible constatar en la actualidad que este tratado fue innovador en la década de los setenta, aún con sus limitaciones y debilidades, algunas de las cuales, como hemos visto están siendo tratadas institucionalmente. Ha ejercido una influencia ética considerable en la maduración de la conciencia para el desarrollo de la lucha

89. *Cfr.* James A. R. Nafziger, «The 1970 UNESCO Convention: Insights, Circumspections, and Outlooks», *op. cit.*, pp. 221-222.
90. *Cfr.* Keun-Gwan Lee, «An Overview of the Implementation of the 1970 Convention in Asia», en *http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Lee_en.pdf,* p. 16.
91. *Cfr.* Marie Cornu, «Implementation of the 1970 UNESCO Convention in Europe», en *http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Cornu_en.pdf.*

contra el tráfico ilegal de bienes culturales, que ha servido para desencadenar múltiples procesos de adopción o reforma de leyes para la preservación del patrimonio y que ha dado pié a la celebración de otros convenios internacionales, surgidos con la intención de paliar sus debilidades.

5. EL TRÁFICO DE BIENES CULTURALES POR CAUSA DEL CONFLICTO ARMADO

Ya lo dijimos al esbozar uno de los escenarios en los que se contempla la movilidad internacional de bienes culturales: el conflicto armado, sea interno o internacional, al diluir o hacer desaparecer los controles sobre el patrimonio cultural de un país y debilitar o hacer desaparecer la fiscalización en frontera, fomenta el pillaje y propicia la deslocalización de los bienes culturales desprotegidos y su ingreso en el activo mercado negro. Particularmente dañino es el efecto colateral de los conflictos armados sobre los yacimientos arqueológicos, sometidos a un expolio perjudicial para el sitio, porque la extracción asilvestrada suele dañarlos a la par que destruye el contexto del bien. Como se ha sostenido, una vez trascurridos más de sesenta años desde la adopción de la Convención de La Haya de 1954 para la protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado, el mayor peligro para el patrimonio ha pasado de los bombardeos a su remoción ilícita[92].

Es conocido el caso de los *manuscritos de Quedlinburg,* sustraídos en el verano de 1945 cuando las fuerzas estadounidenses ocupaban esa población del centro de Alemania. Los manuscritos desaparecidos incluían el *Samuhel-Evangeliar,* un manuscrito medieval del siglo IX, escrito en oro, y el *Evangelistar aus St. Wiperti* un libro de plegarias de comienzos del siglo XVI. El relato de los hechos, aparte de en fuentes periodísticas, se encuentra recogido en la decisión de 13 de abril de 1998 del quinto circuito del tribunal de apelación de Estados Unidos[93]. Se supone que Joe Meader, primer teniente del 87 de Blindados de Artillería de Campaña, la unidad que se encontraba sobre el terreno, envió diversos paquetes a su familia en Texas que debían contener los manuscritos. Suposición abonada porque a su muerte en 1980, sus hermanos vendieron los manuscritos a una Fundación alemana, la Fundación Cultural de los Estados, con sede en Berlín, tras la realización de

92. *Cfr.* R. O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict,* Cambridge University Press, 2006, p. 196. Sobre la protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado, véanse también Margarita Badenes Casino, *La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados,* Universitat de Valencia, 2005; J. M. Henckaerts, «New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict: the Significance of the Second Protocol to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict», en *International Review of the Red Cross,* nº 835, 1999; Jiri Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict,* UNESCO, Dartmouth, 1996.

93. La sentencia puede consultarse en *http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1286299.html.*

diversas gestiones. Un caso, pues, de pillaje de bienes culturales, resuelto a través de la negociación entre el Estado reclamante y los poseedores del bien.

La más temprana regulación sobre patrimonio cultural apunta como objetivo a su preservación en caso de conflicto armado. Sin perjuicio de que no echemos en saco roto la existencia de normativa previa a la Convención de La Haya de 1954 –porque algunos países que no han suscrito este tratado siguen vinculados por los Convenios de La Haya de 1907[94]–, es en el tratado de 1954, en su Primer Protocolo, de la misma fecha, y en su Segundo Protocolo, en este caso de 1999, en los que nos vamos a centrar, refiriéndonos en exclusiva a aquellas disposiciones que pretendan referirse al tráfico de bienes culturales.

Uno de los preceptos clave se encuentra en el artículo 4 de la Convención de La Haya de 1954, que concreta la obligación de respetar los bienes culturales. En su numeral 3 recoge el compromiso de los Estados partes de «prohibir, (a) impedir y (a) hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes». El alcance de la obligación no se extiende sólo sobre las propias fuerzas armadas, también a la población e incluso a los remanentes de la fuerzas armadas opuestas pues, como sostiene Roger O'Keefe[95], esta regla, reflejo del derecho internacional consuetudinario, concreta las obligaciones que incumben a la potencia ocupante. Así que, en esta disposición se contiene no sólo el mandato infringido en el *caso Meader,* también con ocasión del saqueo deliberado de las instituciones culturales en el Bagdad de Sadam Hussein en 2003. En efecto, el pillaje de bienes culturales tuvo lugar ya con las tropas estadounidenses en las cercanías, en diversos museos de Bagdad entre el 10 y el 12 de abril de 2003. Y ello sin perjuicio de la incesante actividad de pillaje en otras zonas del país, fuera del control de las fuerzas de ocupación. Pero esa es una de las consecuencias de la guerra para el patrimonio cultural, la emergencia en las zonas de conflicto, de áreas en las que ninguna potencia ocupante ejerce el control, con lo que el pillaje de bienes culturales queda al albur de los que se dediquen a ello, sea por razones profesionales, sea por motivos de supervivencia económica.

Los acontecimientos en Irak en 2003 han sido bien descritos por diferentes informes, algunos de ellos de lo más concienzudos. El Informe de McGuire Gibson, Profesor de Arqueología Mesopotámica en el Instituto Oriental de la Universidad de Chicago[96], da cuenta de que el pillaje afectó no sólo al Museo

94. El Reglamento anexo al IV Convenio de 18 de octubre de 1907 relativo a las leyes y costumbres de guerra en tierra dedica algunas disposiciones a la protección de los bienes culturales; en concreto, los artículos 27 y 56.
95. R. O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit.,* p. 133.
96. McGuire Gibson, «Cultural Tragedy in Iraq: A Report on the Looting of Museums, Archives, and Sites», en *IFAR Journal* , vol. 6, nº 1 y 2, a consultar en *http://www.ifar.org/tragedy.htm.*

Nacional de Bagdad, sino también a la Biblioteca Nacional, a la Biblioteca Koran, al Museo de las Artes, a bibliotecas universitarias, departamentos e institutos de arte. En cuanto a los efectos del saqueo, las cifras han bailado mucho. Walter Sommerfeld[97], Profesor de la Universidad de Marburgo, sitúa en 100.000 los objetos desaparecidos, en torno al 30% de los fondos depositados. Estados Unidos envió también una misión oficial, capitaneada por el coronel Matthew Bogadnos, que condujo a un eficiente equipo de investigadores y que, según se ha dicho, aplicó al museo las técnicas de indagación criminal. Su concienzudo informe[98] cifra a la baja el número de objetos desaparecidos, situándolos en 15.000, aunque aún así puede calificarse, como hace su autor, de una pérdida difícilmente soportable.

Los rastros comprobados fehacientemente de pillaje de antigüedades no se circunscribieron a Bagdad. El antes citado profesor Sommerfeld sostuvo que había contemplado en mayo de 2003 continuados saqueos en excavaciones como las de Isin, antigua capital de Mesopotamia: «cada noche llegan 20 a 30 vehículos y se llevan con toda tranquilidad todo lo que quieren», reza su informe. Los robos y saqueos no fueron espontáneos en todos los casos. La UNESCO ha sostenido que algunos se produjeron por encargo, pues las redes del tráfico ilegal de objetos culturales estaban prestas actuar en las vísperas de la conflagración.

Volviendo al artículo 4.3 de la Convención de La Haya de 1954, surge una incertidumbre sobre su alcance respecto de una situación que puede potencialmente dirigir bienes culturales hacia el mercado. Se trata de las excavaciones arqueológicas realizadas en el territorio ocupado por un Estado en virtud de un conflicto armado. Por ejemplo, en Jerusalén pues, como indica un Informe del estado de conservación de ese sitio inscrito en la Lista del Patrimonio Mundial[99], las autoridades israelíes venían realizando desde 1967 en la Ciudad Vieja varias campañas de excavaciones arqueológicas bajo una serie de edificios. Para la UNESCO, y también para el Comité del Patrimonio Mundial, se trataba de una contravención de la Convención de La Haya de 1954 y de la Recomendación de la UNESCO de 1956 relativa a los principios internacionales aplicables a las excavaciones arqueológicas[100]. Pero mientras que lo segundo es discutible, pues se trata de una recomendación y, por ello, un acto de carácter no vinculante en el que, además, el tenor literal de la disposición concernida –el parágrafo 32 de

97. Su Informe, titulado The systematic destruction of Iraqui Culture; en *http://www.uni-marburg.de/fb10/ios/altorientalistik/vortraege/irak-en/irak-en?set_language=en*.
98. Su Informe, «Iraq Museum Investigation: 22 APR-8 SEP 03», en *http://www.defenselink.mil/news/Sep2003/d20030922fr.pdf*; con posterioridad, M. Bogdanos, «The Casualities of War: The Truth About the Iraq Museum», en *American Journal of Archaeology* 109 (2005), pp. 477-526.
99. En *http://whc.UNESCO.org/en/soc/1128*.
100. Puede consultarse en *http://portal.UNESCO.org/es/ev.php-URL_ID=13062&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html*.

la Recomendación[101]– no apunta a la creación de una obligación, ya que subraya el carácter recomendatorio –El Estado *debería* abstenerse de realizar excavaciones arqueológicas en territorio ocupado–, lo primero es más discutible todavía, pues no parece que el artículo 4.3 de la Convención de La Haya aborde esa prohibición. Y buena prueba de ello es que, en cambio, sí se concreta en el Segundo Protocolo de 1999, en su artículo 9[102], del que, por otro lado, Israel no es parte. Sí lo es, en cambio, de la Convención de La Haya.

Pero más relevante todavía es el contenido del Primer Protocolo a la Convención de La Haya de 1954, porque fue en ese contexto normativo en el que pudo abordarse la regulación de la exportación e importación de bienes culturales desde territorios ocupados. Ilustrémoslo con un asunto, el *caso Goldberg*[103]. En 1974, Turquía ocupó militarmente el norte de Chipre, aproximadamente un tercio de la superficie de la isla, llegando a constituir mediante el uso de la fuerza la República Turca del Norte de Chipre, Estado no reconocido más que por el país que lo creó y ocupación condenada por las Naciones Unidas. En esa zona estaba situada la iglesia de Panagia Kanakaria, perteneciente a la Iglesia Greco-Ortodoxa de Chipre. Por efecto de la ocupación y del traslado de la población chipriota de origen griego a la zona sur de la isla, la iglesia quedó abandonada. En ella se encontraban unos mosaicos del siglo VI, de entre los seis o siete mosaicos bizantinos que habían sobrevivido a la época de la iconoclasia. En 1979, la Iglesia de Chipre tuvo noticias, transmitidas por visitantes, de los actos de vandalismo cometidos en la iglesia de Panagia Kanakaria y de la remoción de los mosaicos. Estos aparecieron en 1988. Un marchante de Indianápolis se los ofreció en Amsterdam por un precio de 3 millones $ a una comerciante de arte, Peg Goldberg. Ofreció la venta a través de un marchante de arte holandés, van Rijn, al que acompañaba un abogado estadounidense, Ronald Faulk. El marchante le explicó que el vendedor era un turco, Aydin Dikman, vendedor de antigüedades que decía que había encontrado los mosaicos entre los escombros de una iglesia abandonada del norte de Chipre mientras servía como arqueólogo designado por Turquía. Goldberg aceptó el trato, obtuvo los mosaicos en la zona libre del aeropuerto de Ginebra y se los llevó a Estados Unidos. El resto de los pormenores

101. Dice el par. 32: «En caso de conflicto armado, todo Estado Miembro que ocupara el territorio de otro Estado debería abstenerse de realizar excavaciones arqueológicas en el territorio ocupado. En caso de descubrimientos fortuitos, especialmente con motivo de trabajos militares, la potencia ocupante debería adoptar todas las medidas posibles para proteger dichos hallazgos, y entregarlos, al terminar las hostilidades, a las autoridades competentes del territorio antes ocupado, junto con la documentación respectiva».
102. De esa opinión son J. Hladík, «Archaeology in Conflict and UNESCO – Legal Aspects», en *Forum Archaeologiae* 55/VI/2010; y R. O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, op. cit.,* pp. 133-134.
103. Véase, Quentin Byrne-Sutton, «The Goldberg Case: A Confirmation to the Difficulty in Acquiring Good Title to Valuable Stolen Cultural Objects», en *International Journal of Cultural Property,* vol. 1, Issue 1, 1992, pp. 151-168.

del caso no tienen relevancia ahora, pues lo que queda claramente señalado es la exportación de bienes culturales no impedida por una potencia ocupante, Turquía, y su importación a los Estados Unidos. Mientras que Turquía y Chipre eran (y son) signatarias del Primer Protocolo a la Convención de La Haya de 1954, Estados Unidos ni lo era, ni lo es en la actualidad.

Lo que establece precisamente el Primer Protocolo, en primer lugar, es el compromiso de cada Estado de impedir la exportación de bienes culturales de un territorio por él ocupado durante un conflicto armado (parágrafo uno), lo que afectaría a Turquía en el *caso Goldberg*. En cambio, en segundo lugar, si llegaran bienes culturales importados al territorio de un Estado, procedentes de territorios ocupados, la obligación contenida en este caso en el parágrafo segundo del Primer Protocolo es la de colocar dichos bienes bajo secuestro, bien de oficio, bien a petición del Estado interesado. De haber sido Estados Unidos parte en el Primer Protocolo debería haber hecho lo propio con los mosaicos Panagia Kanakaria, al menos a solicitud de Chipre. Y, en tercer lugar, se afirma la obligación de devolución de los bienes exportados ilícitamente de territorios ocupados, por parte de los Estados donde se encuentren dichos bienes. Tendrán que entregarlos a las autoridades competentes del territorio anteriormente ocupado. Este parágrafo tercero culmina con la taxativa prohibición de la retención de propiedad cultural por parte de un Estado a título de reparación de guerra.

Pero incautación de bienes culturales como compensación por los daños sufridos en una guerra ha habido siempre e incluso algún caso que ha ido derivando hasta la actualidad. Tal ha sido así con *los trofeos de arte* que la Unión Soviética confiscó en Alemania tras el final de la Segunda Guerra Mundial, como compensación por los daños sufridos durante la campaña alemana en Rusia. La historia de algunos de esos bienes comenzó mucho antes e involucra también a otros países, potenciales reclamantes. Es el caso del *Tesoro de Príamo,* un conjunto de objetos así denominados por el arqueólogo alemán Heinrich Schielemann, cuando los localizó el 27 de mayo de 1873 en las excavaciones que estaba llevando a cabo en el lugar de Anatolia en el que creía que estaba situada la Troya de la Ilíada[104]. Con independencia de la polémica que ha generado la atribución al rey de Ilión de dicho tesoro, Schielemann lo trasladó a Grecia y luego a Berlín, parece que sin contar con el permiso de las autoridades de la Sublime Puerta. De ahí proviene la legitimidad de la reclamación turca. Tras la caída de Berlín, el tesoro, junto con múltiples bienes culturales alemanes –diversas estimaciones barajan en torno a un millón de libros, cerca de doscientas mil monedas y medallas, cincuenta y cin-

104. Véase, entre muchos, David A. Traill, «Schliemann's Discovery of "Priam's Treasure": A Re-Examination of the Evidence», en *The Journal of Hellenic Studies,* vol. 104 (1984), pp. 96-115. Desde una perspectiva jurídico-internacional, Jeanette Greenfield, *The Return of Cultural Treasures,* 2ª ed., Cambridge University Press, 1996, pp. 220-235.

co mil cuadros, esculturas y otros objetos artísticos[105]–, desapareció. Volvió a salir a la luz mucho tiempo después, cuando se descubrió a inicios de los ochenta del siglo pasado que la URSS *atesoraba* tales bienes en museos como el Hermitage o el Pushkin. Alemania se apresuró a reclamarlos como parte integrante de su patrimonio nacional. En tales museos llegaron a exponerse piezas de dichas colecciones en 1995. Antes, Alemania y la todavía URSS habían celebrado en Bonn, el 9 de noviembre de 1990, un Tratado de Buena Vecindad, Asociación y Cooperación[106], cuyo artículo 16 establecía, respecto de la propiedad cultural, un compromiso contundente: «The Federal Republic of Germany and the Union of Soviet Socialist Republics will advocate the preservation of cultural treasures of the other side in their territory. They agree that lost or unlawfully transferred art treasures which are located in their territory will be returned to their owners or their successors».

Quizás lo sorprendente fuera que la Federación Rusa adoptase una Ley Federal, de 13 de mayo de 1997, sobre valores culturales que han sido desplazados a la URSS a resultas de la Segunda Guerra Mundial y que se encuentran en el territorio de la Federación Rusa[107]. El Presidente Yeltsin pretendió vetar la ley, al entender que era contraria a la Constitución rusa y a las obligaciones internacionales asumidas por su país, entre las que conviene considerar la derivada del parágrafo 3 del Primer Protocolo a la Convención de La Haya de 1954, del que la URSS era parte desde el 4 de enero de 1957, y, también, la contenida en el entonces reciente acuerdo bilateral germano-soviético, cuyo artículo 16 sólo podía ser contorneado por los rusos si se consideraba que los trofeos de arte conseguidos en la Segunda Guerra Mundial eran patrimonio cultural ruso y si se interpretaba irretroactivamente el inciso final del citado precepto, de manera que la restitución de tesoros artísticos a Alemania jugase en exclusiva para aquéllos que hubiesen ingresado en la URSS/Rusia a partir de la fecha de la entrada en vigor del tratado, por lo tanto a partir de 1990. Para más inri, se había establecido en febrero de 1993 una Comisión ruso-germana para la restitución de tesoros artísticos, aunque las discusiones en su seno enfrentaron las lógicas posiciones de los miembros alemanes, deseosos de obtener la devolución de los bienes culturales, y los miembros rusos, algunos de los cuales defendían la maximalista posición de que los tesoros eran parte del patrimonio ruso porque habían sido obtenidos a título de compensación por los daños causados al patrimonio de la URSS con la invasión nazi.

En ese contexto, la ley rusa de 1998 salió adelante tras la firma del presidente Yeltsin, sometido por una orden del Tribunal Constitucional. En ella se establece, en su artículo 6 que «all and any cultural values to be found within the Russian Fe-

105. La noticia en Victoria A. Birov, «Prize or Plunder?: The Pillage of Works of Art and the International Law of War», en *New York University Journal of International Law and Politics,* Fall, 1997/Winter, 1998, pp. 201-249.
106. Se encuentra en *International Legal Materials,* vol. 30, nº 2, March 1991, p. 504.
107. Véase en *International Journal of Cultural Property,* vol. 7, nº 2, 1998, pp. 512-525, con un breve comentario de Wilfried Fiedler.

deration that were brought in to the USSR by way of exercise of its right to compensatory restitution, with the exception of those provided in Articles 7 and 8 of this Federal Law, shall be owned by the Russian Federation and shall constitute federal property». Pero el artículo 7 se refiere a derechos de propiedad sobre bienes desplazados de Bielorusia, Letonia, Lituania, Moldavia, Ucrania, y Estonia, mientras que el artículo 8, que podría servir para admitir la reclamación alemana, exige en su apartado núm. 1 que hubiese sido presentada antes del 1 de febrero de 1950; en su apartado 2 que se trate de bienes propiedad de organizaciones religiosas; y en su apartado 3, que sean bienes que pertenezcan a particulares que los perdieron a causa de su lucha contra el nazismo o fascismo. Parece que ninguno de las excepciones afectaría a supuestos como el tesoro de Príamo o tantos otros casos de bienes incautados por los soviéticos entre los escombros de la Alemania nazi.

6. DE VARIA *RESTITUTIONE*

Si la flecha direccional del tráfico de bienes culturales, del legal y del ilegal, marca el Norte cultural, los países de mercado y sus coleccionistas, las casas de subastas de Nueva York, Londres, París y Tokio, los marchantes suizos, alemanes, británicos y norteamericanos, los opulentos museos occidentales, torcer ese rumbo es ir contra corriente e implica un esfuerzo desmesurado, aunque medie una causa jurídica que goce de reconocimiento internacional, una de las que hemos visto contenida en las reglamentaciones internacionales anteriores. Y siempre, por supuesto, pasada por el tamiz de la aceptación por parte de cada Estado, pues la causa ha de estar relacionada con una obligación internacional y ésta incumbirle al país potencialmente reclamado para la devolución de un bien cultural. Y, desde luego, sin olvidar la presunción de irretroactividad de las obligaciones internacionales.

Debemos, de nuevo, recordar los diferentes escenarios que dibujamos en el epígrafe primero, porque no existe una causa general o, mejor aún, una obligación internacional de restitución de bienes culturales de un país cuando éste los reclama incluida en el Derecho Internacional general. Diferenciemos los supuestos. Primero: las diferentes causas, cuando existen, están encapsuladas en concretos marcos jurídicos internacionales que, a veces junto a la obligación de restitución, concretan la vía procedimental para llevarla a cabo, como sucede en los supuestos de robo y salida ilegal de los bienes culturales de su país de origen (epígrafe 6.1).

Segundo: en otros escenarios, las normas internacionales sólo han creado la obligación de restitución, sin acompañarla de un procedimiento para sustanciarla. Tal sucede con los bienes desplazados por motivo de conflicto armado, como hemos expuesto en el epígrafe 5. Pero ni la Convención de La Haya de 1954, ni ninguno de sus Protocolos contempla la vía procedimental para que tales bienes puedan retornar a sus países de origen. Ahora bien, eso no implica que no haya

procedimientos aplicables. Para los bienes culturales exportados y cuya propiedad ha sido transferida forzadamente con ocasión de la ocupación de un país por una potencia extranjera, el artículo 13 de la Convención de la UNESCO de 1970 entiende que se trata de una exportación ilícita. Por ello, sería aplicable a esos casos la vía procedimental de restitución en ella establecida, por más que no resulte muy prometedora en la práctica. Nada impide, por otra parte, que se recurra a la vía del Derecho Internacional general, toda vez que si un Estado es responsable de la violación de una obligación internacional, por ejemplo, actos de pillaje de bienes culturales realizados por miembros de su fuerzas armadas, y de ese pillaje se deriva un traslado del bien a su territorio, estaría obligado a reparar la situación creada, una de cuyas medidas es la *restitutio in integrum,* esto es, la devolución del bien cultural expoliado.

Otro supuesto similar es el establecido en la Convención de la UNESCO de 2001 sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, cuyo artículo 18 regula la incautación de elementos del patrimonio cultural subacuático situado en su territorio, que haya sido recuperado de una manera no conforme con lo establecido en la Convención. El precepto exige del Estado tanto la adopción de medidas para llevar a cabo dicha incautación (artículo 18.1), como su notificación al Director General de la UNESCO y al Estado que tenga un vínculo verificable con el bien incautado (artículo 18.3). Pero no hay mención a que deba restituir el bien ni, por supuesto, procedimientos para hacerlo. Si el bien es incautado por el Estado, de ello se deriva implícitamente la obligación de restitución al país de origen, una vez éste haya probado su vínculo con el bien. Si hubiera controversia sobre ello, entonces sí serían aplicables los procedimientos de arreglo de controversias con que cuenta la Convención de 2001 en su artículo 25. Podría considerarse, no obstante, en el espíritu de la Convención de 1970, que el bien ha entrado ilegalmente en el territorio del Estado, por lo que cabría que correspondiese la vía de la reclamación diplomática contemplada en dicho tratado.

Tercero: en otras ocasiones sólo hay causas y reclamaciones con un sustrato político o ético, pero sin marco jurídico internacional en el que articular los procesos de restitución. Ese esfuerzo de creación y codificación de reglas internacionales no se ha realizado y la causa debemos situarla en la carencia del consenso mínimo entre los países concernidos en dos escenarios concretos: uno, los bienes que se trasladaron de su situación de origen durante la era colonial, sobre los que recae una fuerte presión internacional de los países de origen para obtener su restitución (epígrafe 6.2). Y otro, que no analizaremos en esta ocasión, el tratamiento de los bienes culturales desplazados durante la Segunda Guerra Mundial, con especial relevancia los que se transfirieron con ocasión del Holocausto.

Sin embargo, la práctica internacional contempla un buen número de restituciones o devoluciones de bienes culturales, que se producen también por otro tipo de razones y procedimientos. En no pocos casos, por pronunciamientos judiciales

de tribunales internos. El 2 de junio de 1999, la Corte de Apelación de París impuso al Museo del Louvre y al Estado francés la entrega de *cinco pinturas italianas*[108] (entre ellas, un Tiepolo) a los herederos del coleccionista judío Federico Gentili di Giuseppe. Las pinturas, junto con las demás propiedades de los herederos de Gentili, que había muerto en abril de 1940, fueron liquidadas en subasta en abril de 1941, tras un procedimiento judicial irregular, y adquiridas mediante intermediarios por Hermann Göring. Tras la Segunda Guerra Mundial, una vez descubiertos en la colección del jerarca nazi, fueron trasladados al Museo del Louvre. Desde 1950, herederos de Federico Gentili presentaron reclamaciones al Louvre, que fueron sistemáticamente desoídas. El 19 de marzo de 1998 una demanda ante los tribunales parisinos inició el decurso judicial, que terminaría con la mencionada sentencia de 1999.

En otros supuestos la restitución se obtiene gracias a la presión del Estado reclamante que consigue llegar a un acuerdo de devolución con el poseedor, cuya posición legal suele ser quebradiza. Es el caso de la *crátera Euphronios y otros objetos arqueológicos*[109], recuperados por Italia del Metropolitan Museum of Art, de Nueva York, mediante un acuerdo celebrado con el museo el 21 de febrero de 2006. El acuerdo fue posible gracias a que el gobierno italiano pudo probar la exportación ilícita de los bienes y convencer al Metropolitan, que los había adquirido en noviembre de 1972, ayudado por una política agresiva que amenazaba con no prestar obras italianas a los museos que se negasen a la restitución de objetos extraídos ilegalmente de Italia. Si seguimos analizando la práctica italiana, podríamos comprobar que tal fue lo que sucedió en el *asunto de las trece antigüedades*[110], devueltas mediante acuerdo del país transalpino con el Boston Museum of Fine Arts, que las había adquirido entre 1971 y 1999, en condiciones similares a las del caso anterior y gracias a que Italia le garantizó al museo de Boston futuros préstamos de obras de arte.

También puede lograrse la restitución mediante la permuta de bienes culturales entre dos Estados. España devolvió a México el 16 de mayo de 2010 la primera bandera de la historia del país norteamericano[111], dos enseñas gemelas que fueron tomadas a las tropas mexicanas del cura Hidalgo en los combates del

---

108. Véase Anne Laure Bandle, Alessandro Chechi, Marc-André Renold, «Case Five Italian Paintings – Gentili di Giuseppe Heirs v. Musée du Louvre and France» *Platform ArThemis* (*http://unige.ch/art-adr*), Art-Law Centre, University of Geneva.
109. Véase Raphael Contel, Giulia Soldan, Alessandro Chechi, «Case Euphronios Krater and Other Archaeological Objects – Italy and Metropolitan Museum of Art» *Platform ArThemis* (*http://unige.ch/art-adr*), Art-Law Centre, University of Geneva.
110. Véase Giulia Soldan, Raphael Contel, Alessandro Chechi, «Case 13 Antiquities – Boston Museum of Fine Arts», *Platform ArThemis* (*http://unige.ch/art-adr*), Art-Law Centre, University of Geneva.
111. Véase en *http://www.bicentenarios.gob.es/Acompanamos/Actividades/Espana/Paginas/bicentenariodeliniciodelaindependenciademexico.aspx*.

Puente de Calderón (Jalisco), el 17 de enero de 1811. A cambio, recibió de México la Bandera coronela del batallón del Rey Fernando que integró la expedición General Barradas, y que fue tomada en los enfrentamientos de Tampico el 11 de septiembre de 1829. Otro caso de intercambio es el que ha permitido a Egipto la obtención de una *cabeza egipcia monumental y fragmentaria*[112] que había salido en 1926 tras excavaciones efectuadas por el egiptólogo suizo y profesor colaborador del Museo etnográfico de Neuchâtel, Gustave Jéquier. Aunque obtuvo el permiso de las autoridades egipcias, el descubrimiento posterior del resto de la estatua condujo a la negociación para obtener la devolución. A cambio, Jéquier obtuvo dos estatuas en madera de la VI.ª dinastía, cuyo valor excede con mucho el de la cabeza que devolvió.

Y, finalmente, la devolución puede discurrir por cauces voluntarios, como parece haber ocurrido con cerca de cincuenta bienes culturales recuperados por Perú en Estados Unidos, Egipto, Australia, Brasil y Reino Unido, tras a las labores de la Dirección General de Defensa del Patrimonio Cultural[113]. Muchos de esos bienes han sido entregados voluntariamente por ciudadanos de esos países. En estos casos nunca acaba por saberse si esa entrega voluntaria es incentivada de otra manera, o lo es de verdad.

6.1. LAS RESTITUCIONES POR ROBO O SALIDA ILEGAL DEL TERRITORIO DE LOS ESTADOS

Otro escenario se abre a partir de la entrada en vigor de la Convención de la UNESCO de 1970, adoptada para conseguir la restitución de los bienes robados y de los que han salido ilegalmente de sus países de origen. Pero es un escenario que no ha alcanzado grandes dosis de eficacia en este ámbito concreto de las restituciones. En su artículo 7.b.ii se establece la obligación del Estado parte de restitución, a petición del Estado de origen, de todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la Convención. Pero el planteamiento es restrictivo, en apariencia, porque se limita a prohibir la importación de bienes culturales robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar, situados en el territorio de otro Estado Parte en la Convención, después de la entrada en vigor de la misma en los Estados en cuestión, siempre que se pruebe que tales bienes figuran en el inventario de la institución interesada (artículo 7.b.i). La cuestión interpretativa es, por tanto, si sólo se puede reclamar dichos bienes, esto es, si el inciso ii del apartado b del artículo 7 tiene que aplicar-

112. Véase en Anne Laure Bandle, Raphael Contel, Bernard Knodel, Marc-Andre Renold, «Affaire Tête égyptienne fragmentaire – Musée d'ethnographie de Neuchâtel et Service des antiquités de l'Egypte», *Plateforme ArThemis* (*http://unige.ch/art-adr*), Centre du droit de l'art, Université de Genève.

113. La noticia, del 22 de enero de 2014, en el diario peruano Correo, que puede verse en *http://diariocorreo.pe/ultimas/noticias/8154003/peru-recibira-bienes-culturales-repatriados.*

se a los bienes cuya importación está prohibida en el inciso i del apartado b del mismo artículo. De ser esto así, la proporción de bienes culturales que quedaría fuera de la posibilidad de pedir su restitución sería considerable. Entre ellos, los objetos arqueológicos procedentes de excavaciones clandestinas. Esta cuestión se ha denunciado con contundencia[114].

Otra de las debilidades de la Convención se encuentra en el medio por el que el Estado de origen debe reclamar la restitución del bien, que no es otro que la vía diplomática. No hay duda de que ello no invalida la obligación de entregar el bien, sino que debe interpretarse que ese y no otro es el cauce para solicitarlo. Y, en ocasiones, funciona a la perfección. En agosto de 2007 desparecieron de la Biblioteca Nacional española dos mapamundis grabados e ilustrados, que formaban parte de sendos ejemplares de la edición incunable de 1482 de la obra de Ptolomeo, *Cosmographia*[115]. Parece que fueron enviados a Estados Unidos y, luego, uno de los mapas fue adquirido en Internet por un marchante de Sydney. Las investigaciones de la policía federal australiana lo localizan en una galería de arte, proceden a su decomiso y lo trasladan a la Biblioteca nacional de Canberra. En ella, el 4 de febrero de 2008 el mapamundi es entregado al embajador español. La ágil solución dada al caso estaba facilitada porque ambos países eran partes en la Convención de 1970 –Australia desde 1989 y España desde 1986–, pero sobre todo por la política de aplicación de las obligaciones en ella contenidas desplegada por Australia en su legislación –la *Protection of Movable Cultural Heritage Act,* de 1986[116]–: En el par. 14 de la Parte II, División 2 del Acta de 1986 se determina que son ilegales las importaciones de objetos culturales protegidos en su país de origen y que serán devueltos a solicitud de dicho Estado.

En cambio, hay países que, aunque cuentan con legislación de aplicación de la Convención, ésta es muy restrictiva, y un ejemplo de ello es Estados Unidos que, recordémoslo, sólo desarrolló los artículos 7.b y 9, mediante la *Convention on Cultural Property Implementation Act,* de 1983. Por lo tanto, para que Estados Unidos restituya un bien, es preciso, en primer lugar, que esté documentada su pertenencia al inventario de un museo o monumento religioso o secular o institución similar de un Estado en el que haya sido robado en una fecha posterior a la entrada en vigor de la Convención para ese Estado. Y, en segundo lugar, el requerimiento debe provenir de un país con el que Estados Unidos haya celebrado un acuerdo bilateral en ese sentido. Y, hasta la fecha, lo ha hecho solo con trece: El Salvador,

---

114. Véase Cecilia Bákula, «La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. La Convención de 1970: Balance y perspectivas», en *http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Bakula_es_01.pdf.*
115. La noticia puede verse en *El País,* de 24 de agosto de 2007. También puede verse el decurso total del caso en Lyndel V. Prott (Dir.), *Témoins de l'Histoire,* UNESCO, París, 2011, pp. 433-434.
116. Véase en *http://www.UNESCO.org/culture/natlaws/media/pdf/australia/australia_act_n11_1986_eng_orof.pdf.*

Guatemala, Nicaragua, Honduras, Perú, Bolivia, Mali, Italia, Canadá, Camboya, Colombia; Chipre y China. Pues bien, en marzo de 2011 Sotheby's ofrecía en una subasta en Nueva York una estatua Khmer[117] que había importado de Bélgica el año anterior. Las dudas suscitadas en una experta sobre si la pieza había sido robada en Camboya a finales de la década de los setenta llevaron a la casa de subastas a dirigirse al gobierno camboyano para informarle de la situación, aunque sin paralizar la subasta. Las autoridades del país asiático no contestaron inicialmente y sólo cuando se iba a celebrar la subasta se dirigieron a los Estados Unidos requiriéndoles la devolución de la estatua, sosteniendo que había sido ilegalmente removida del Prasat Chen Temple in Koh Ker. Mientras el país norteamericano llevaba adelante una investigación para cerciorarse de que había sido ilegalmente importada, Camboya intentó llevar a cabo una negociación con Sotheby's. Estados Unidos presentó el 4 de abril de 2012 una demanda ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York cuando se convenció de su importación ilegal, la Corte adoptó al día siguiente una orden prohibiendo a Sotheby's que la transfiriese. Todo ello llevó a la casa de subastas a llegar a un acuerdo con las autoridades estadounidenses para acabar con el proceso y a entregar la estatua a Camboya.

Otras limitaciones para el retorno de los bienes incluidas por los Estados a la hora de llevar a cabo la aplicación de la Convención de la UNESCO de 1970 son como la que plantea Alemania. Este país, en su Kulturgüterrückgabegesetz, de 2007 –§ 6 (2)– requiere que los objetos reclamados se encuentren en una lista del país reclamante y designados como importantes, además de que esa lista debe ser razonablemente accesible en Alemania. Japón sigue una línea similar tras su tardía incorporación en 2002 a la Convención de 1970. Su *Act for Controls on the Illicit Export and Import of Cultural Property* solo se aplica a las importaciones de bienes culturales robados provenientes de museos u otras instituciones. Pero, por lo general, son pocos los Estados que han adoptado legislación de aplicación de la Convención de 1970 y, en el caso de todos los que no lo han hecho, la dificultad estriba en la consideración de la falta de aplicabilidad directa de las disposiciones contenidas en la Convención de la UNESCO de 1970. Ese fue el motivo del que se sirvió la Cour d'appel de París para rechazar la reclamación por parte de Nigeria que solicitaba la restitución de estatuas Nok que había sacado ilegalmente de su territorio un anticuario francés. El argumento del tribunal fue el siguiente: «les dispositions de la Convention sur les biens culturels ne sont pas directement applicables dans l'ordre juridique interne»[118].

---

117. Sobre el relato de los hechos, cronología, documentación y comentarios, véase *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/khmer-statue-2013-cambodia-and-sotheby2019s-and-the-united-states/#F22*.

118. CA Paris, 5 avril 2004, nº 2002/09897, République fédérale du Nigéria c/ Alain de Montbrison JurisData nº 2004-238340 et Cass.ère civ., 20 sept. 2006, nº 04-15.599, JurisData nº 2006-034988.

Las limitaciones de la Convención de 1970 en el terreno de la restitución eran tan evidentes que la propia UNESCO intentó propiciar una solución a esas lagunas y a solicitud de sus Estados miembros y, sobre todo, de un comité de expertos, que recomendaban la homogeneización de los aspectos de derecho privado no resueltos en la Convención de la UNESCO, consultó con UNIDROIT y con la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, organismos especializados en ese ámbito[119]. De ahí surgió el Convenio UNIDROIT sobre bienes culturales robados o ilícitamente exportados, firmada en Roma el 24 de junio 1995[120], cuyo análisis no vamos a abordar aquí salvo para el examen de las vías de restitución que establece y para enjuiciar la gran limitación que de ella se deriva y que no es otra que la que tiene que ver con la reducida aceptación. En efecto, sólo 36 países son partes en ella y, lo más significativo, ninguno de los grandes países de mercado se encuentran obligado por sus postulados, mucho más exigentes que los de la Convención de 1970. Entre los países europeos, son partes Croacia, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Macedonia, Grecia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Italia, Hungría, Lituania, Portugal, Rumania y Suecia. Además, el resto de los países, de origen, salvo la peculiar situación de China que, estando situado en esa categoría, comienza a emerger como un país de mercado en el comercio del arte. Once Estados firmaron, pero no devinieron luego en partes. Entre ellos Francia, los Países Bajos y Rusia. Por lo tanto, ni Estados Unidos, ni Francia, ni el Reino Unido, ni Alemania, ni Japón, ni Suiza, ni Rusia están obligados por el Convenio UNIDROIT de 1995, lo que es un lastre definitivo para su eficacia, pues hacia esos países se dirige el mayor número de reclamaciones de restitución de bienes culturales.

Desde luego que, como advierte Lyndel V. Prott, en ocasiones se requiere un lapso de tiempo considerable para que los Estados sientan la necesidad de aproximarse a un tratado internacional y asumir sus postulados y que no es descartable que durante ese período antes de la aceptación el contenido del tratado pueda influir sobre las modificaciones legislativas que se den en los Estados no partes[121]. Pero lo que está fuera de toda duda es que desde 1998, fecha de entrada en vigor del Convenio UNIDROIT de 1995, hasta 2014 el objetivo fundamental no se ha cumplido, los tribunales no han recibido por esta vía, en los países de mercado, demandas de restitución o devolución de bienes culturales robados o que han salido ilegalmente de los países de origen.

¿Qué es lo que disgusta tanto a los países de mercado en este convenio? En primer lugar, la extensión de los bienes culturales concernidos, que desborda lo amparado por la Convención de la UNESCO de 1970. Aunque el Anexo del Convenio UNIDROIT de 1995 retome las categorías recogidas en el artículo 1 de la

119. *Cfr.* Lyndel V. Prott, «Ten Years in Force – The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects», en *Art, Antiquity and Law* vol. XIV, issue 3, 2009, p. 195.
120. Véase en *http://www.UNIDROIT.org/spanish/conventions/1995culturalproperty-convention-sp.pdf.*
121. *Vid.* Lyndel V. Prott, «Ten Years in Force – The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects», *op. cit.*, p. 210.

Convención de 1970, no exige que los bienes culturales sean designados por el Estado, limitándose a requerir que revistan una importancia en los ámbitos de la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte y la ciencia (artículo 2). En segundo lugar, la consideración de bienes robados que se da a los obtenidos de las excavaciones ilícitas (artículo 3.2), de los que, según Georges A. L. Droz[122], están llenas las vitrinas de los anticuarios especializados de Londres, Ámsterdam, París, Nueva York o Zurich. Dado que los países de origen con patrimonio arqueológico importante han ido adoptando leyes que califican como patrimonio del Estado todo producto de las excavaciones arqueológicas, según que la excavación haya sido anterior a la promulgación de dichas leyes, los objetos arqueológicos se considerarán como robados. Y es ahí cuando señala Droz que alcanzará relevancia que los objetos sean importantes, pues sobre ellos cabrían las acciones de restitución, mientras sobre los de relevancia banal, no.

En tercer lugar, sin que quepan dudas, los mecanismos jurisdiccionales establecidos por el Convenio UNIDROIT de 1995 para la restitución de bienes culturales son un hecho diferencial decisivo frente a la vía de la reclamación diplomática que sigue la Convención de la UNESCO de 1970. Se permite la presentación de demandas ante los tribunales internos de los Estados partes, tanto a particulares desposeídos de bienes que le han sido robados (artículo 3), como a Estados, respecto de bienes de su patrimonio que han sido ilícitamente exportados (artículo 5).

Cuando se trata de las reclamaciones presentadas ante el robo de bienes culturales, vía abierta por tanto a los particulares, el Convenio UNIDROIT sostiene la obligación de restitución que incumbe al actual poseedor del bien cultural, sometida a condiciones relativas a la prescripción de la acción y a la protección de la hipotética buena fe, cuestiones no resueltas por la Convención de la UNESCO de 1970; ésta, mientras que nada decía de plazos de prescripción sobre las reclamaciones que pudieran presentarse por la vía diplomática, la única admisible, sometía la obligación de restitución a «la condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes» (artículo 7.b.ii).

En relación con la prescripción, el plazo para presentarla, según el artículo 3.3 del Convenio de 1995, es de tres años «a partir del momento en que el demandante haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor y, en cualquier caso, dentro de un plazo de cincuenta años desde el momento en que se produjo el robo». Tal plazo de los cincuenta años no es aplicable cuando lo robado formaba parte integrante de monumento o de un lugar arqueológico identificado, o una colección pública. En ese supuesto, como indica

122. G. A. L. Droz, «La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)», en *Revue critique de droit international privé,* 86 (1997), p. 256.

el artículo 3.4 del Convenio de 1995, sólo juega el plazo de prescripción de los tres años. Pero se admitió, según el artículo 3.5, que para esos bienes, un Estado declarase que una demanda podía prescribir en un plazo de setenta y cinco años o en el plazo más largo que estableciese su ordenamiento jurídico. Solo que, en ese caso, ese plazo de prescripción jugaría en dos direcciones: para las demandas presentadas ante los tribunales de ese Estado en el marco del Convenio, o para las demandas presentadas ante los tribunales de otro Estado respecto de los bienes del que estableció los plazos concretos de prescripción.

Y en cuanto a la buena fe en el adquirente, el artículo 4 la regula con cierto detalle, reconociendo el derecho a recibir una indemnización equitativa del poseedor de buena fe «a condición de que no supiese o hubiese debido razonablemente saber que el bien era robado y de que pudiese demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición». Entre otros extremos, sobre los que ahora no vamos a extendernos, el parágrafo 4 del artículo 4 establece las circunstancias que deben tenerse en cuenta para determinar si el poseedor actuó con la diligencia debida: calidad de las partes, precio pagado, consulta de registros relativos al bien que fueran accesibles, consulta a organismos, o cualquier otra gestión que una persona razonable pudiera haber realizado en esas circunstancias.

El Convenio UNIDROIT de 1995 reconoce también otra vía, además de la relativa a la restitución de los bienes robados de los artículos 3 y 4. Se trata de la devolución a su Estado de los bienes culturales que han sido ilícitamente exportados de su territorio, en este caso regulada en los artículos 5 a 7. El Estado concernido podrá dirigirse a un tribunal o autoridad competente del país donde se encuentre el bien, siempre que la demanda se presente en el plazo de tres años a partir del momento en que «el Estado requirente haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor y, en cualquier caso, en un plazo de cincuenta años a partir de la fecha de la exportación o de la fecha en la que el bien hubiese debido devolverse», cuando había sido prestado para una exposición temporal (artículo 5.4). Para que proceda la devolución, el Convenio de 1995 ha señalado que el Estado requirente debe demostrar que la exportación del bien produce un daño significativo a una lista de intereses concretada en el artículo 5.3 –su conservación material; la integridad del bien al que pertenece el exportado; la conservación de la información contextual de carácter científico o histórico del bien; o su utilización tradicional o ritual por una comunidad autóctona o tribal–, o que revista para él una importancia cultural significativa.

En cuanto al poseedor del bien, en este caso tendrá derecho al pago de una indemnización equitativa si no supiese o no hubiese debido saber razonablemente que su exportación era ilegal (artículo 6.1). Para juzgar su conducta, se tendrá en cuenta, entre otros extremos, el certificado de exportación del bien (artículo 6.2). Como una manifestación clara de que la acción de devolución del bien al

Estado reclamante tiene por finalidad la reconstitución de su patrimonio cultural afectado por la salida ilegal del bien, el poseedor de buena fe podría optar, en vez de la indemnización, por continuar siendo su propietario, una vez haya vuelto al territorio del Estado reclamado, o por transmitirlo allí –a título oneroso o gratuito– siempre que de acuerdo su acuerdo dicho Estado.

Resulta curioso constatar con cuanto recelo fue recibido el Convenio de 1995, tanto por unos, los círculos próximos a los países de mercado, como por otros, los afines a las tesis de los países de origen. Los primeros veían en ese texto una maniobra de los países en desarrollo para lograr, mediante otro tratado, lo que no habían logrado con la Convención de la UNESCO de 1970; los segundos, en olvido de que precisamente había sido la UNESCO la que había impulsado la negociación que se cerró con la celebración del Convenio de 1995, veían en éste un texto de marcado carácter eurocéntrico[123]. El ritmo de las aceptaciones parece haber inclinado la balanza algo a favor de los que creen que el Convenio es más próximo a los países de origen, pero esto olvida su carácter moralizante y su capacidad de influencia sobre las modificaciones legislativas que han ido realizando algunos países que ni siquiera son partes en él. Otra cuestión es que la práctica derivada de la aplicación del Convenio sea tan rala, pero eso debe achacarse a la defensiva actitud de los países de mercado que todavía no han decidido mostrar su consentimiento favorable. Si era un texto avanzado en 1995, como lo fue la Convención de la UNESCO de 1970 en la fecha de su celebración, cuando nos acercamos a los veinte años de su vigencia, lo que tiende a poner en claro son los desequilibrios profundos del mercado del arte y la inseguridad de los actores que se desenvuelven en él en los países de mercado.

Por otro lado, su misma existencia tiende dramáticamente a subrayar las carencias que ya hemos apuntado en el caso de la Convención de la UNESCO de 1970, pero también sirve para postularse como el remedio a las mismas. En el debate que se abre sobre la Convención de la UNESCO con motivo de los cuarenta años de su entrada en vigor, una opción defendible podría ser la de abrir un proceso de enmienda o modificación de ese tratado para resolver los elementos que contribuyen a debilitarla. Creemos, con la siempre atinada opinión de Lyndel V. Prott[124], que esa sería una vía de difícil acceso, que conduciría a un callejón sin salida, por las inherentes complejidades aplicables a todo proceso de enmienda o modificación de un tratado internacional, sin garantías de ampliar el consenso sobre cuestiones como los plazos de prescripción, la regulación de la buena fe o los procedimientos para la reclamación. De tener éxito, el texto resultante, fuese una enmienda o una modificación, traería como consecuencia el debilitamiento de

123. *Ibid.*, p. 196.
124. L. V. Prott, «Strengths and Weaknesses of the 1970 Convention: An Evaluation 40 years after its adoption», en *http://www.UNESCO.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Brussels/pdf/strengths%20and%20weaknesses%20of%20the1970%20convention.pdf.*

las bases de legitimación de la Convención de 1970, por lo que parece que lo más acertado, y en ello concordamos con la autora citada, es optar por el Convenio UNIDROIT de 1995 como el auténtico protocolo de la Convención y fiar en él y en su futuro una mejor y más eficaz gestión de la restitución de los bienes culturales robados o exportados ilegalmente.

6.2. LAS RECLAMACIONES DE LOS PAÍSES DE ORIGEN. EL CASO DE LOS MÁRMOLES DEL PARTENÓN

Finalicemos el análisis de las restituciones de bienes culturales por esta última posibilidad y lo haremos planteando los últimos desarrollos de un caso canónico en el ámbito del patrimonio cultural: los *Mármoles del Partenón*[125]. En la 19ª sesión del Comité intergubernamental para la promoción del retorno de los bienes culturales a sus países de origen o de su restitución en caso de apropiación ilegal, celebrada en París el 1 y 2 de octubre de 2014, en la sede de la UNESCO, organización en la que se inserta este comité, se adoptó una resolución[126] en la que se tomaba constancia de la carta oficial enviada por las autoridades griegas solicitando los buenos oficios de la UNESCO a fin de explorar la posibilidad de que el Reino Unido aceptase someterse al procedimiento de mediación-conciliación para llegar a un acuerdo en el caso de las esculturas del Partenón. Además, mientras que la UNESCO se encontraba lista para facilitar la discusión sobre la mediación, el Comité hacía constar que el Reino Unido no había dado todavía contestación por escrito.

¿Qué rumbo espera a esa aparente vuelta de tuerca griega en el contencioso que le enfrenta al Reino Unido por la posesión de los *Elgin Marbles*? De este ya largo proceso Grecia no ha obtenido hasta la fecha más que la construcción del Museo de la Acrópolis, donde se sitúa una Galería del Partenón presta a recibir –cuando lleguen, si llegan– los frisos y metopas que se encuentran en el Museo Británico, aunque también en el Louvre, en los Museos Vaticanos y en otros museos. Porque es difícil que obtenga mucho más.

En primer lugar, y desde el punto de vista procedimental, allí no tendrá Grecia *a priori* muchas expectativas de obtener algo porque el marco institucional al que ha recurrido –el Comité intergubernamental de la UNESCO– no deja de ser un entorno facilitador de las negociaciones entre los dos países o, en el caso de que el Reino Unido lo aceptara, un actor que mediante sus buenos oficios podría

125. Sobre el contencioso relativo a los Mármoles del Partenón, véase John H. Merryman, «Thinking about the Elgin Marbles», en 83 *Michigan Law Review,* 1985, pp. 1880 y ss.; D. Shapiro, «The Restitution of the Parthenon Marbles and the European Union: A Historical-Cultural-Legal Approach», *International Journal of Cultural Property,* 2000, p. 354.

126. Recommandation 19.COM 8, en *http://www.UNESCO.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/19_ICPRCP_Recommandations_fr_final.pdf.*

propiciar el recurso a la mediación o a la conciliación, tal y como están reguladas en el Reglamento[127] establecido al efecto por el citado Comité. Este no tiene poderes conferidos para resolver una controversia sobre la restitución de un bien a favor de uno u otro de los Estados, pues su mandato es muy limitado, como expresa el artículo 4 de sus Estatutos[128]. Y volviendo al Reglamento sobre mediación y conciliación, considérese que una negativa del Reino Unido a aceptar uno de estos medios de arreglo bloquearía esa vía. Y si la aceptase, la naturaleza no vinculante de ambos procedimientos faculta en todo momento al Reino Unido para no tener que pechar con una solución contraria a sus intereses, si es que ese fuese el resultado de la mediación o la conciliación.

Y, en segundo lugar, en referencia al fondo del asunto, tampoco mejoran las expectativas griegas porque parece difícil afirmar la existencia de una obligación internacional que incumba al Reino Unido en relación con los hechos acaecidos en torno a 1803 y en virtud de la cual tenga que devolver los mármoles a Grecia. Esta obligación, de existir, podría invocarse ante la jurisdicción internacional. En efecto, en el supuesto de que el Reino Unido no aceptase someterse a alguno de los medios de arreglo, Grecia ha avanzado que acudiría a la Corte Internacional de Justicia con una demanda para exigir la devolución. Si la Corte fuese competente, que lo es, y pudiese ejercer su jurisdicción en este caso, lo que también es posible afirmar[129], entonces es cuando debería pronunciarse sobre la existencia de la citada obligación internacional. Ésta no puede surgir de ninguno de los tratados internacionales que hemos examinado, porque no estamos ante un robo, ni ante una situación de expolio en el caso de un conflicto armado. Pudiera ser que fuese una salida ilegal de los mármoles del territorio otomano –y ahí está uno de los meollos del caso, la autenticidad del *firman* que otorgó autorización a Lord Elgin para operar en la Acrópolis, si éste se atuvo a lo que le autorizaron y si obtuvo el visto bueno de las autoridades aduaneras para los fletes hacia Londres de todo el cargamento que hacia allí envió–: pero, en lo que se refiere a las obligaciones internacionales vigentes, su carácter irretroactivo conlleva la imposibilidad de aplicarlas al caso de los Mármoles. Esa misma irretroactividad impide a Grecia que se dirija a un tribunal británico para solicitar la restitución de los Mármoles en aplicación de la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo,

127. Véase el Reglamento, aprobado por el Comité en octubre de 2010, en *http://unesdoc.UNESCO.org/images/0019/001925/192534E.pdf*.

128. Véase el mandato del Comité intergubernamental en sus Estatutos aprobados mediante la Resolución 4/7.6/5 de la Conferencia General de la UNESCO en su 20ª reunión, celebrada del 24 de octubre al 28 de noviembre de 1978, en *http://unesdoc.UNESCO.org/images/0014/001459/145960s.pdf*.

129. Analizadas las declaraciones de sometimiento del Reino Unido y Grecia a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en virtud del artículo 36.2 del estatuto de la Corte, no parece que exista impedimento en que el tribunal entre a juzgar. A tal efecto, pueden consultarse las declaraciones en *http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3*.

de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, porque en su artículo 14 se establece que su aplicabilidad reza solo para los bienes que han salido del territorio de un Estado miembro a partir del 1 de enero de 1993.

Volviendo a la hipotética demanda griega ante la Corte Internacional de Justicia, para acogerse a una obligación internacional, ésta tendría que surgir de otras dos posibles vías. La primera, descartada en esas fechas una fuente convencional, un tratado, entre ambas partes, la única posibilidad de que entonces existiese una obligación internacional sería si viniese afirmada por vía consuetudinaria. En esta línea, asumimos la posición de Kelly Culbertson[130] –que analiza el caso de la reclamación egipcia de restitución de la cabeza de Nefertiti, situada en Berlín–, para quien no existía prohibición alguna de remoción de propiedad cultural en los primeros años del siglo XX que estuviese basada en una norma consuetudinaria. Pues menos todavía un siglo antes.

Y la segunda, exige recorrer un tortuoso itinerario que reconstruyese la obligación internacional a partir del principio de libre determinación de los pueblos coloniales, a la busca de afirmar la soberanía del pueblo colonial y, por ende, del Estado griego que se constituyó, sobre todos sus recursos, incluidos los culturales. Esa posición cuenta con el favor de un potente movimiento internacional por la devolución, pues no sería sólo el caso de los Mármoles del Partenón, sino el de muchas otras reclamaciones de países de origen, antiguas colonias, que obtienen apoyo y dosis de legitimación a sus tesis en reiteradas resoluciones de la AGNU, de las que la más reciente es la res. 67/80 de la AGNU, de 12 de diciembre de 2012, sobre la devolución o restitución de bienes culturales a sus países de origen[131]. Pero el apoyo es más bien aparente, puesto que su contenido es un enroque en las normas internacionales existentes, en las obligaciones de devolución derivadas de situaciones de conflicto armado o de robo o salida ilegal de bienes culturales del territorio de un Estado. Ahí no puede encontrarse esa obligación internacional, porque la resolución de la AGNU, texto recomendatorio por naturaleza, ni contiene ni ha dado pie al surgimiento de una norma consuetudinaria, huérfana de práctica generalizada y de *opinio iuris* que sienta esa práctica como obligatoria.

En otro tiempo, hace décadas, el camino parecía diferente, pues mucho más contundente fue la res. 3187 (XXVIII), de 18 de diciembre de 1973, de la AGNU, relativa a la restitución de las obras de arte a los países víctimas de expropiación[132], en la que se tomaba aliento de la res. 1514 (XV), la Carta magna de la descolonización. La res. de la AGNU de 1973 deploró «los traspasos en masa y casi gratuitos

130. K. Culbertson, «Contemporary Customary International Law in the Case of Nefertiti», en *Art, Antiquity and Law,* vol. XVII, issue 1, p. 39.
131. En *http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/80.*
132. *http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/287/12/IMG/NR028712.pdf?OpenElement.*

de objetos de valor artístico de unos países a otros, con frecuencia efectuados merced a la ocupación colonial o extranjera» para, a continuación, mostrarse convencida de que «la restitución en especie permitiría una justa reparación de los graves perjuicios sufridos por el país víctima de estos traspasos», por lo que afirma que «la restitución pronta y gratuita a un país de sus objetos de valor artístico, monumentos, piezas de museos, manuscritos y documentos, por otro país, en la medida en que constituya una justa reparación del perjuicio causado, ha de fortalecer la cooperación internacional», a la par que «reconoce las obligaciones especiales que al respecto incumben a los países que sólo tuvieron acceso a estos valores gracias a una ocupación colonial o extranjera».

Como nos informa Ana Filipa Vrdoljak[133], de tal resolución partió la iniciativa que conduciría a la constitución, en el seno de la UNESCO, del Comité intergubernamental para fomentar el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita. Pero el contenido de la resolución no refuerza la existencia de obligaciones de devolución consagradas por el Derecho Internacional general, sólo puede abonar las posiciones *de lege ferenda* propias de aquella época. El consenso al respecto era un logro inimaginable y la práctica internacional de restituciones por parte de los países colonizadores un buen deseo de imposible realización. De haber restituciones, que las ha habido desde entonces, solo serían interpretables como actos de buena voluntad.

Huérfanos de asideros jurídicos a los que agarrarse, los países de origen han incrementado la presión para obtener la restitución de piezas culturales salidas de su territorio con ocasión de la colonización. Sí que ha habido una cierta oleada de recuperaciones de ese tipo de patrimonio. Al calor del influjo del Comité intergubernamental de la UNESCO se produjeron retornos tras procesos de mediación, como el caso de la esfinge hitita de Bogazköy, devuelta en 2011 a Turquía por Alemania[134]. Antes, en 1987, la RDA había entregado a Turquía otra esfinge y 10.000 tablillas cuneiformes que provenían del sitio arqueológico de Bogazköy. O el caso de la *Máscara Makonde*[135]*,* que fue robada en 1984 del Museo Nacional de Tanzania en Dar es Salaam junto con otros dieciséis objetos culturales y que se localizó en 1990 en el Museo Barbier-Mueller de Ginebra. Según sus responsables, la Máscara había sido adquirida en París en 1985. Tanzania solicitó el retorno ante

133. A. F. Vrdoljak, *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects, op. cit*, pp. 212-217.

134. Para la comprensión del caso, *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/bogazkoy-sphinx-2013-turkey-and-germany*; y un comentario en Lyndel V. Prott, «The Sphinx within the Wall: A Tale of Two Germanies and Three Sphinxes», en *Art, Antiquity and Law,* vol. 15, issue 2, 2010, pp. 146-156.

135. Sobre el caso, la exposición cronológica y noticias recogidas en *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/masque-makonde-tanzanie-et-musee-barbier-mueller*; un comentario doctrinal, en Folarin Shyllon, «Return of Makonde Mask from Switzerland to Tanzania – A Righteous Conclusion?», en *Art, Antiquity and Law,* vol. XVI, issue 1, 2011, pp. 79-83.

el secretariado del Comité intergubernamental en 2006, después de frustradas negociaciones con el museo y al final se llegó a un acuerdo de devolución el 10 de mayo de 2010 que disfrazó la transferencia de la Máscara como una donación del museo suizo.

La presión ejercida por los países de origen también ha generado una encendida contestación en los países de mercado, en sus instituciones museísticas. Véase, al respecto, la *Declaración sobre la importancia y el valor de los museos universales,* adoptada en diciembre de 2002 por los directores de dieciocho de los museos más importantes del mundo, un pronunciamiento defensivo ante la oleada de reclamaciones de restitución de bienes culturales por parte de los países de origen. Entre tales museos se encontraban el Louvre, Paul Getty, Met y MoMA de Nueva York, Hermitage de San Petersburgo, El Prado y Thyssen-Bornemisza de Madrid, o los Museos del Estado de Berlín. Resulta de interés la constatación de una ausencia: el Museo Británico, aunque tampoco puede negarse que detrás de esta Declaración lata con fuerza la presión que la reclamación griega de devolución de los Mármoles del Partenón ejerce sobre el museo londinense. La declaración inicia su alegato condenando el tráfico ilegal de bienes culturales, y para buscar apoyo a su posición, inspirada en el proteico principio del internacionalismo cultural, se enrocan en su naturaleza de museos universales. Pero, ¿qué es un museo universal? Podemos utilizar al respecto, no tanto para compartirla cuanto para describir el espíritu que con toda probabilidad haya movido a los suscriptores de la Declaración, la interpretación que le da James Cuno[136] al término. Para él un museo universal es un museo enciclopédico, que aspira a construir, presentar y estudiar una colección de objetos representativa de muchas de las culturas del mundo. En la misma comunidad museística ha encontrado respuesta tal posición, pues el presidente del Comité de Ética del ICOM, Geoffrey Lewis[137], sostuvo que la aspiración de universalidad está en el origen de los museos y que el manejo que de tal concepto hace la Declaración tiene por objetivo establecer un alto grado de inmunidad a las reclamaciones de devolución de bienes culturales.

En esa misma dirección, la declaración aboga por el establecimiento de una directriz básica: que los objetos culturales adquiridos en otro tiempo deben ser vistos a la luz de los valores y las sensibilidades de la época de la adquisición, muy diferentes, no compatibles, con los actuales. Y esa es, salvadas las cuestiones que afectan al cumplimiento de las obligaciones de devolución afirmadas por los instrumentos internacionales en vigor, la manifestación descarnada de la pérdida de carga política del fenómeno descolonizador. Agotada tal agenda, desaparecido su

136. J. Cuno, «View from the Universal Museum», en J. H. Merryman (Ed.), *Imperialism, Art and Restitution,* Cambridge University Press, Nueva York, 2006, p. 15.

137. G. Lewis, «The Universal Museum. A Special Case?, en *ICOM News,* nº 1, 2004, p. 1; que puede consultarse en *http://icom.museum/pdf/E_news2004/p3_2004-1.pdf.* En el mismo número, véase la contribución de George Abungu, «The Declaration: A Contested Issue», p. 5.

vigor, sólo las políticas de negociación, los gestos de la comunidad museística –el ICOM aboga por el desarrollo de relaciones de asociación entre museos beneficiados por el colonialismo y aquellos otros que han perdido, en sus países de origen, una parte significativa de su patrimonio cultural–, pueden impulsar los acuerdos y desplazar a los museos universales de sus posiciones de fuerza, eso sí, algo inquietadas por una persistente presión.

7. EL SISTEMA TRIBUTARIO COMO INSTRUMENTO DE INTERVENCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL: LA RECURRENTE SENDA DE LA EXTRAFISCALIDAD

De acuerdo con el orden expositivo que avanzamos en la introducción, la segunda parte de este trabajo tiene por objeto realizar una valoración crítica de la incidencia de las normas tributarias vigentes en España sobre el tráfico exterior de bienes culturales.

7.1. FUNCIÓN EXTRAFISCAL DEL SISTEMA TRIBUTARIO Y PATRIMONIO CULTURAL: UN BINOMIO CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLE

Fiscalidad y patrimonio cultural podrían parecer, *a priori*, dos sectores muy alejados, por no decir antitéticos, del ordenamiento jurídico. Sin embargo, pese a esta supuesta distancia hoy en día apenas se discute la idoneidad del sistema tributario, en general, y de algunas de sus figuras más representativas, en particular, como un instrumento que puede colaborar de modo activo en el desarrollo de las políticas públicas de protección, conservación y enriquecimiento del patrimonio cultural.

Ciertamente, el tributo conforma una institución jurídica concebida desde su origen con una finalidad muy diferente: la financiación del gasto de los entes públicos a través de prestaciones coactivas satisfechas por los contribuyentes. Cumple por su propia naturaleza y razón de ser un objetivo prioritariamente fiscal o recaudatorio, por cuanto persigue la obtención de ingresos en cuantía suficiente para la atención del enorme volumen de gastos públicos a que debe hacer frente el denominado Estado social o de bienestar. De este carácter contributivo, que lo convierte en la principal fuente de ingresos de la Hacienda Pública en los Estados contemporáneos, se hacen eco las múltiples definiciones acuñadas por la doctrina a lo largo del tiempo y, de manera señalada, la incorporada a nuestro vigente Derecho positivo por obra del artículo 2.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT):

> «Los tributos son ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realiza-

> ción del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos».

Sin embargo, el funcionamiento de los sistemas tributarios modernos resulta bastante más complejo y desborda con creces ese interés recaudatorio, por mucho que este resulte esencial para la propia existencia y funcionamiento de la organización estatal. Tanto en nuestro país como en los de nuestro entorno político, social y económico más próximo hace ya bastante tiempo que la tributación dejó de regirse estrictamente por el postulado clásico de la neutralidad, que en su versión más pura nos evoca la ideología liberal, para teñirse de un clara impronta de intervención en diferentes ámbitos de la vida colectiva. De tal manera que el Derecho tributario ofrece en la actualidad otras perspectivas y matices diversos, que rebasan con creces los estrechos dominios de lo fiscal. Más allá de su intrínseca misión recaudatoria, el tributo también se concibe hoy en día como un cauce que puede coadyuvar con eficacia al logro de objetivos extrafiscales, al servicio de políticas y fines económicos y sociales previstos en nuestra Constitución. En consecuencia, el objetivo fiscal puede quedar en ocasiones supeditado a otras exigencias derivadas de políticas públicas sectoriales, incluso aunque ello llegue a comportar una merma de la recaudación, por ejemplo mediante la introducción de beneficios fiscales. Así lo reconoce el citado artículo 2.1 de la LGT, cuando en su segundo párrafo añade una importante matización:

> «Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución».

Esta instrumentación se conoce, desde una perspectiva técnica, como función extrafiscal del tributo. La Constitución Española de 1978 (CE) no hace ninguna referencia expresa a ella al establecer en su artículo 31.1 el deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un «sistema tributario justo», de acuerdo con la capacidad económica o riqueza de cada uno. Allí sólo se contempla el tributo en su sentido estricto de canal para alimentar la Hacienda Pública. Pero este silencio no ha sido obstáculo para que Tribunal Constitucional haya admitido de modo reiterado y constante la utilización del tributo con este tipo de fines. En la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo[138], adoptó una posición inequívoca a este respecto que con posterioridad se ha mantenido inalterada en múltiples pronunciamientos posteriores:

> «Es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica (señaladamente, artículos 40.1 y

138. STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37), fundamento jurídico 13, que resolvió positivamente la constitucionalidad del Impuesto sobre tierras infrautilizadas, creado por la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria.

130.1), dado que tanto el sistema tributario en su conjunto como cada figura tributaria concreta forman parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados».

En categóricas palabras del supremo intérprete de nuestra Norma Fundamental, resulta indiscutible que «constitucionalmente nada cabe objetar a que, en general, a los tributos pueda asignárseles una finalidad extrafiscal»[139]. La función extrafiscal se infiere, de acuerdo con estos pronunciamientos, de los principios rectores de la política social y económica que recogen los artículos 39 a 52 del texto constitucional (capítulo III del título I), cuyo reconocimiento, respeto y protección ha de inspirar la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3). Y entre esos preceptos figura, en lo que aquí nos incumbe, el artículo 46, que les impone el deber de garantizar la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad.

En suma, el aparente distanciamiento que se interpone entre la protección del patrimonio cultural y el sistema tributario queda difuminado con rapidez a partir del momento en que se toma en consideración que este, junto a una función esencial de carácter fiscal, puede asumir igualmente otra función eventual de carácter extrafiscal. En el tema que ahora nos ocupa, esta posibilidad se sustancia en el potencial empleo de la política tributaria para incentivar, promover y facilitar, desde un punto de vista económico, la conservación y enriquecimiento de los bienes de interés histórico y cultural.

7.2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LA UTILIDAD DE LAS MEDIDAS TRIBUTARIAS COMO CAUCE PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

7.2.1. Normativa internacional: Convención y Recomendaciones de la UNESCO de 1972 y 1978

Al admitir que los tributos puedan cumplir un papel significativo en este ámbito, nuestro Derecho interno ha asumido planteamientos análogos a los adoptados en la legislación fiscal de otros Estados. Y, lo que resulta aún más destacable, ha dado cumplimiento a uno de los compromisos asumidos por nuestro país a través de la Convención de la UNESCO sobre protección del patrimonio mundial, cultural y natural de 16 de noviembre de 1972, cuyo artículo 5.e) subraya la necesidad de

139. Esta afirmación apareció por primera vez en la STC 186/1993, de 7 de junio (RTC 1993, 186), fundamento jurídico 4, que confirmó la constitucionalidad del Impuesto sobre dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento, establecido por la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1986, de 2 de mayo, sobre la Dehesa de Extremadura. Desde entonces ha sido reiterada en una larga lista de pronunciamientos, el último de los cuales es por el momento la STC 196/2012, de 31 de octubre (RTC 2012, 196), fundamento jurídico 2.

que los Estados firmantes articulen medidas jurídicas, administrativas y financieras para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio.

En desarrollo de este mandato la Recomendación sobre la protección en el ámbito nacional del patrimonio cultural y natural, adoptada en la misma fecha por la Conferencia General de la UNESCO, contempla de forma expresa la implementación de medidas tributarias específicas por los Estados, denominadas «regímenes fiscales privilegiados»[140], en orden a favorecer la conservación de esos patrimonios. En concreto, según sus apartados 51 y 56 estos beneficios fiscales son susceptibles de actuar en un doble sentido. De una parte, en favor de los propietarios privados que lleven a cabo labores de protección, conservación y rehabilitación de sus inmuebles, con el requisito de que los trabajos y actuaciones efectuados se ajusten a la normativa vigente en la materia. Y de otra parte, para aligerar la carga tributaria de las personas que efectúen donaciones o liberalidades dirigidas a adquirir, restaurar o conservar bienes o elementos de este tipo.

En similares términos, la Recomendación sobre la protección de los bienes culturales muebles, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 28 de noviembre de 1978, insta a los Estados a desarrollar acciones protectoras de las colecciones privadas, en particular a través de medidas fiscales apropiadas en favor de los propietarios o de la posibilidad de otorgar beneficios fiscales a los sujetos que hagan donaciones o legado de bienes culturales a los museos e instituciones similares.

7.2.2. Derecho de la Unión Europea: posible compatibilidad de las ayudas fiscales al patrimonio cultural con el mercado interior

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no alude en ningún momento a la posible minoración de las cargas fiscales con fines de protección del patrimonio cultural. No debe sorprendernos tal silencio, sin duda respetuoso con el esquema de reparto competencial entre la Unión y los Estados miembros. La cultura no se incluye entre las competencias exclusivas ni compartidas de las instituciones europeas, sino que constituye una de las materias en las que, según los artícu-

140. Ciertamente, esta denominación, típica de las normas internacionales, resulta un tanto anacrónica y, desde luego, no se ajusta a la terminología habitual en nuestro Derecho interno, donde los privilegios tributarios o fiscales se consideran inconstitucionales por contradecir los principios de justicia tributaria enunciados en el artículo 31.1 de la CE (en particular, los principios de generalidad e igualdad de la tributación). Como ejemplos del rechazo de los privilegios fiscales discriminatorios pueden verse las SSTC 96/2002, de 25 de abril (RTC 2002, 96), 57/2005, de 14 de marzo (RTC 2005, 57), 33/2006, de 13 de febrero (RTC 2006, 33) y 115/2009, de 18 de mayo (RTC 2009, 115). Sin perjuicio de esta importante precisión léxica, resulta evidente que el texto de la Recomendación alude en realidad a los beneficios fiscales (término que sí contempla nuestro texto constitucional en sus artículos 133.3 y 134.2), también denominados actualmente en un sentido amplio ventajas fiscales por influencia del régimen de prohibición de ayudas de Estado que rige en el seno de la Unión Europea (artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

los 2.5, 6.c) y 167, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros.

No obstante, podemos localizar una admisión implícita de la aplicación de beneficios fiscales a los bienes culturales en el artículo 107 del propio TFUE, referente a la prohibición de ayudas de Estado que, bajo cualquier forma, «falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». Esta norma proscribe todo ayuda otorgada por un Estado –o sus autoridades subcentrales, conforme al principio de autonomía institucional– o mediante fondos estatales que produzca ese efecto o pueda hacerlo potencialmente, comprendiendo tanto las ayudas directas (subvenciones y transferencias) como indirectas (beneficios e incentivos fiscales). En principio, tales ayudas se consideran incompatibles con el mercado interior en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estado miembros, si bien esta regla cuenta con varias excepciones importantes. Pues bien, de acuerdo con el apartado 3.d) del citado precepto podrá apreciarse que existe compatibilidad con las reglas de funcionamiento del mercado interior en el caso de las «las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común».

7.2.3. Legislación interna (estatal y autonómica) sobre patrimonio cultural

En el plano doméstico, la normativa sobre patrimonio histórico y cultural aprobada por el Estado y las Comunidades Autónomas –como explicaremos brevemente más adelante estamos ante una materia sobre la que concurren simultáneamente competencias del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales– ha impulsado igualmente desde hace años la adopción de múltiples medidas tributarias, con desiguales resultados pero todas ellas concebidas con un fin extrafiscal indudable de tutela de sus elementos más relevantes.

Por lo que respecta al Estado, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), desarrollada parcialmente por el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero (en adelante Real Decreto 111/1986), recogió hace ya casi treinta años un ambicioso listado de medidas económicas de protección y estímulo[141]. El título VIII de esta Ley (artículos 67 a 74) incluye medidas de fomento en

141. Su preámbulo destaca la trascendencia de tales medidas como cauce para la conservación, difusión y enriquecimiento del patrimonio histórico: «Así la Ley estipula un conjunto de medidas tributarias y fiscales y abre determinados cauces nuevos que colocan a España en un horizonte similar al que ahora se contempla en países próximos al nuestro por su historia y su cultura y, en consecuencia, por su acervo patrimonial. De esa forma se impulsa una política adecuada para gestionar con eficacia el Patrimonio Histórico Español. Una política que complemente la acción vigilante con el estímulo educativo, técnico y financiero, en el convencimiento de que el Patrimonio Histórico se acrecienta y se defiende mejor cuanto más lo estiman las personas que conviven con él, pero también cuantas más ayudas se establezcan para atenderlo, con las lógicas contraprestaciones hacia la sociedad cuando son los poderes públicos quienes facilitan aquéllas».

forma de ayudas directas, como el acceso preferente al crédito oficial para la financiación de obras de conservación, mantenimiento y rehabilitación y la inclusión de una partida en los presupuestos de obras públicas, equivalente como mínimo al 1 por 100 de los fondos que sean de aportación estatal, con destino a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del patrimonio cultural o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno.

Aún más significativo, en lo que aquí nos incumbe, es que dicho texto legal previese ayudas indirectas al regular diversos beneficios fiscales en impuestos estatales y locales y autorizar la posibilidad de dación de bienes integrantes del patrimonio histórico español como forma de pago de tributos[142]. Estas ventajas tributarias fueron concebidas con el objetivo explícito de propiciar el cumplimiento de los deberes y servir de compensación por las cargas impuestas a los titulares o poseedores de los bienes integrantes del patrimonio cultural[143]. En su momento se establecieron, entre otras soluciones, exenciones del Impuesto sobre el Patrimonio, del impuesto municipal sobre la propiedad inmobiliaria y de la imposición indirecta sobre el consumo, además de deducciones de la cuota de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades por inversiones en la adquisición, conservación, reparación, restauración, difusión y exposición de bienes declarados de interés cultural, así como por determinadas donaciones puras y simples de bienes que formen parte del patrimonio histórico español.

Es importante recalcar que tales medidas quedaron desde un principio limitadas a aquellos elementos patrimoniales que se hallasen acogidos a alguno de los dos regímenes reforzados de protección que se contemplan en la LPHE con carácter común para todo el territorio nacional. Nos referimos a los bienes inmuebles o muebles declarados de interés cultural y a los elementos de naturaleza mobiliaria integrantes del Inventario General de Bienes Muebles o bienes inventariados. En efecto, todos los elementos que constituyen el patrimonio histórico español, conforme a la amplia definición legal contenida en el artículo 1.2, gozan de cierta protección. Pero, como añade el propio precepto en su apartado 3, aquellos que sean más relevantes requieren mayor amparo, por lo que deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esa Ley. Pues bien, la posibilidad de acogerse a la mayoría de los beneficios fiscales antes mencionados se supeditó a la previa inclusión en una de esas dos categorías.

142. En fecha más reciente la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, ha previsto en su artículo 6.2 que las Administraciones Públicas competentes promoverán la transmisión a las nuevas generaciones de los conocimientos, oficios y técnicas tradicionales en previsible peligro de extinción, apoyando y coordinando iniciativas públicas y privadas. A tal efecto serán de aplicación a tales actividades medidas de fomento e incentivos fiscales en los términos que establezca la legislación vigente.

143. Para un análisis de la configuración inicial de estas medidas puede consultarse el trabajo de C. Barrero Rodríguez, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico,* Civitas, Madrid, 1990, pp. 680 y siguientes.

En cualquier caso, al leer los artículos 69 y siguientes de la Ley 16/1985 con la perspectiva actual salta a la vista el desfase temporal que sufren esas disposiciones. Desde su aprobación se ha sucedido un sinfín de cambios normativos en el sistema fiscal español, los cuales han afectado a la totalidad de los tributos en su día tomados en consideración. Por tanto, esos preceptos han quedado derogados expresa o tácitamente por normas fiscales aprobadas con posterioridad. Prueba evidente de ello es que la Ley menciona algunas figuras impositivas inexistentes desde bastantes años atrás –Contribución Territorial Urbana, Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas o Impuesto sobre el Lujo–. Por ello, no estaría de más una actualización y clarificación normativa, que permitiría lograr una mayor seguridad jurídica, evitar contradicciones normativas y reducir la dispersión legislativa, puesto que en la actualidad sólo cabe conocer los incentivos fiscales de aplicación a los bienes del patrimonio histórico español acudiendo a la normativa propia de cada uno de los impuestos afectados. Para lograr tal clarificación cabría optar sencillamente por modificar el artículo 70 (que pasaría a contener una regulación genérica de las condiciones de acceso a beneficios fiscales por los titulares de derechos sobre bienes culturales) y suprimir los artículos 71 a 73 de la LPHE.

En el ejercicio de las competencias asumidas a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, todas las Comunidades Autónomas han aprobado igualmente leyes propias en la materia, recogiendo categorías de protección diferenciadas de las reguladas en la normativa estatal (véase la tabla nº 1). A pesar de que no todos estos textos legales resultan igual de explícitos en lo relativo al tratamiento fiscal, la mayoría de ellos contiene declaraciones genéricas, de mayor o menor alcance, acerca de la extensión de los beneficios fiscales de que pueden disfrutar las categorías autonómicas de protección de los bienes históricos o culturales en los tributos estatales, autonómicos y locales, así como sobre la admisión de la entrega de tales bienes en pago de deudas tributarias.

Tabla nº 1
Legislación sobre patrimonio cultural de las Comunidades Autónomas vigente en 2015

Comunidad Autónoma	Leyes autonómicas
Andalucía	Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía
Aragón	Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés
Asturias	Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural
Canarias	Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias
Cantabria	Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria
Castilla y León	Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León

Comunidad Autónoma	Leyes autonómicas
Castilla-La Mancha	Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha (vigente título IV) Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha
Cataluña	Ley 9/1993, de 30 septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán
Comunidad Valenciana	Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano
Extremadura	Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura
Galicia	Ley 8/1995, de 30 de octubre, del patrimonio cultural de Galicia
Islas Baleares	Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Islas Baleares
Madrid	Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid
Murcia	Ley 4/1990, de 11 abril, del Patrimonio Histórico-Artístico de Murcia Ley 4/2007, de 16 marzo, del Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia
Navarra	Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra
País Vasco	Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco
La Rioja	Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja

8. PRINCIPALES CONDICIONANTES DE LA INCIDENCIA DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS INTERNAS SOBRE EL TRÁFICO INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES

De la exposición desarrollada en el apartado precedente se deduce que la normativa tributaria interna puede ser de utilidad a los poderes públicos para intervenir en el tráfico exterior de aquellos bienes culturales que, por sus características, se estimen acreedores de una protección reforzada. No obstante, a la hora de calibrar debidamente las posibilidades reales que ofrece esta vía hay que tomar en consideración tres condicionantes fundamentales.

8.1. LIMITACIONES DEL SISTEMA TRIBUTARIO, ESPECIALMENTE PATENTES EN UNA ETAPA DE CRISIS

Para empezar, no debemos olvidar que el sistema tributario no es el principal instrumento al alcance de los poderes públicos para proteger el patrimonio cultural. Su misión intrínseca, como ya hemos recalcado, es la financiación del gasto público. Por ello, a la hora de articular medidas fiscales dirigidas a la tutela de

bienes culturales –en todo caso con carácter complementario de otras de actuaciones en el ámbito administrativo o penal– no cabe pasar por alto la necesidad de garantizar el mantenimiento y la recuperación de la recaudación impositiva en una etapa de intensa crisis económica y financiera como la que atravesamos en el momento presente, con sus conocidas secuelas de incremento del déficit y el nivel de endeudamiento de la Hacienda pública. En este contexto las prioridades de la política fiscal radican, lamentablemente, en la recuperación de la senda perdida de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, tal y como se evidenció con la reforma del artículo 135 de la CE en 2011.

En este sentido, debemos hacer hincapié en que no estamos atravesando una etapa especialmente proclive a la utilización de los tributos con fines extrafiscales de ordenación social. Como nos ha recordado el *Informe sobre la reforma fiscal* presentado en febrero de 2014 por la Comisión de expertos designada por el Gobierno, presidida por el Prof. Lagares Calvo, desde diversas instancias internacionales (OCDE, Unión Europea y FMI) se ha enviado a las autoridades españolas el mensaje inequívoco de la conveniencia de recortar la ingente cuantía de los gastos fiscales (exenciones, reducciones, deducciones y bonificaciones) de todo tipo que en la actualidad inundan la regulación de muchos de los principales impuestos de nuestro sistema fiscal y lastran, en consecuencia, el presupuesto de ingresos de los entes públicos[144]. En este escenario parece que existe poco margen para incrementar de modo ostensible las ayudas fiscales a la protección del patrimonio.

8.2. REPARTO INTERNO DE COMPETENCIAS. PREVALENCIA DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO EN MATERIA DE TRÁFICO EXTERIOR

La distribución competencial interna determina que la posible adopción de medidas tributarias con fines de ordenación del tráfico exterior de bienes integrantes del patrimonio cultural español sea una función normativa asignada preferentemente al Estado.

En efecto, la protección, conservación y enriquecimiento del patrimonio cultural es una materia sobre la que confluyen simultáneamente competencias exclusivas del Estado, competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas y competencias propias de las Entidades Locales. Al Estado se le reserva una competencia exclusiva en materia de defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental contra la ex-

144. De ahí que en el Informe de la Comisión de expertos para la reforma fiscal presentado en febrero de 2014 (p. 94) se plantee, como uno de los tres objetivos básicos de dicha reforma, «recomponer las bases de todos los tributos, limitadas hoy por numerosas exenciones, bonificaciones y deducciones de toda clase que han reducido notablemente la elasticidad de los impuestos para seguir el crecimiento de la producción y que han dirigido sus posibles incentivos hacia objetivos equivocados y perturbadores de la eficiencia de la economía, influyendo muy negativamente sobre la producción y el empleo».

portación y la expoliación y museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas (artículo 149.1.28ª de la CE). Por su parte, estas han asumido amplias competencias normativas y de ejecución con respecto a los bienes culturales ubicados en su territorio, al amparo del artículo 148.1.16ª del texto constitucional y a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía. Por último, la legislación de régimen local otorga competencia a los municipios, en los términos de previstos en la legislación estatal y autonómica, en materia de protección y gestión del patrimonio histórico[145].

En virtud de este reparto de competencias, que no ha estado exento de problemas especialmente en cuanto al deslinde entre las esferas estatal y autonómica[146], debemos distinguir en función de que las medidas fiscales pretendan incidir sobre la exportación o la importación de bienes culturales.

En el primer supuesto podemos concluir que corresponde únicamente al Estado la regulación de posibles medidas tributarias encaminadas a evitar o disuadir la exportación de bienes culturales desde el territorio español –con sujeción, claro está, a los límites derivados del Derecho de la Unión Europea, como veremos después–.

Por el contrario, el establecimiento de beneficios fiscales destinados a promover la repatriación de bienes del patrimonio cultural español procedentes del extranjero puede realizarse tanto por la legislación estatal –en el apartado 11 estudiaremos un ejemplo– como, al menos teóricamente, por las Comunidades Autónomas. El hecho de que estas gocen de competencias materiales les legitima para un posible empleo de los tributos sobre los que ostenten competencias normativas –tributos propios y, sobre todo, tributos cedidos por el Estado-[147]con fines extrafiscales de protección de bienes de esta naturaleza. Como han aclarado la jurisprudencia constitucional y la doctrina, existe una vinculación ineludible –denominada principio de instrumentalidad– entre las competencias materiales asumidas por las Comunidades Autónomas y las medidas tributarias con fines extrafiscales que puedan

145. Artículo 25.2.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

146. Sobre la conflictiva delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 17/1991, de 31 de enero (RTC 1991, 17).

147. En virtud del artículo 19.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), y del artículo 46.1.c) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, las Comunidades Autónomas pueden regular hoy en día deducciones de la cuota íntegra del IRPF por inversiones no empresariales y por aplicación de renta. De ahí que resultaría admisible una deducción autonómica por la adquisición en el extranjero, con el fin de proceder a su reintroducción en el territorio de una Comunidad Autónoma, de bienes culturales integrantes de su patrimonio cultural conforme a su legislación específica.

dictar, pues para la legítima adopción de estas últimas han de ser titulares de la correspondiente competencia material, como sucede en este caso[148].

8.3. DIVERSIDAD DE CATEGORÍAS Y REGÍMENES DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES

El tercer y último condicionante a que vamos a referirnos antes de adentrarnos en el terreno propiamente tributario tiene que ver con la existencia de una pluralidad de regímenes de protección de los bienes culturales en nuestro Derecho interno, como consecuencia de la coexistencia de la legislación estatal y las leyes autonómicas aludidas más arriba.

En el Derecho estatal la Ley 16/1985 parte de un concepto muy amplio de patrimonio histórico español, que posibilita que todos los bienes integrantes del mismo –bienes muebles e inmuebles, patrimonio arqueológico, patrimonio etnográfico y patrimonio documental y bibliográfico de los archivos, bibliotecas y museos– gocen de determinadas medidas de protección. Lógicamente, los elementos más relevantes merecen una tutela reforzada, al poder acogerse a regímenes específicos comunes en todo el territorio nacional, previa declaración formal como bienes de interés cultural o como bienes inventariados o integrantes del Inventario General de Bienes Muebles. La condición de interés cultural se reserva a los bienes inmuebles –monumentos, jardines, conjuntos y sitios históricos y zonas arqueológicas– o muebles merecedores del grado más alto de defensa[149], distinguiéndose dentro de ellos los declarados por la Administración –Estado y en la mayoría de los supuestos

148. La posibilidad de que las Comunidades Autónomas utilicen su potestad tributaria para la consecución de fines extrafiscales ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en las ya citadas STC 37/1987 (RTC 1987, 37), fundamento jurídico 13, y 186/1993, de 7 de junio (RTC 1993, 186), fundamento jurídico 4, entre otras. En el primer pronunciamiento quedó clara la siguiente premisa: «(...) ni en la Constitución ni en la LOFCA existe precepto alguno que prohíba a las CCAA actuar su potestad tributaria –y, en concreto, su potestad de imposición– en relación con la consecución de objetivos no fiscales. Antes bien, la Constitución concede autonomía financiera a las Comunidades Autónomas "para el desarrollo y ejecución de sus competencias" (artículo 156.1), lo que permite admitir la facultad de aquéllas para utilizar el instrumento fiscal –como parte integrante de su autonomía financiera– en la ejecución y desarrollo de todas las competencias que hayan asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía y respecto de las cuales dicha utilización sea necesaria».

149. Algunas de las principales consecuencias generales que conlleva la declaración de un bien como de interés cultural son la inscripción en el Registro General de Bienes de Interés Cultural, dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, incluso si el expediente de declaración lo tramitan las Comunidades Autónomas; la obligación de permitir la inspección, el estudio por investigadores o visitas públicas; la imposibilidad de separar el bien de su entorno; las restricciones a la realización de obras y a la colocación de publicidad y determinados elementos; o la necesidad de elaborar un plan especial de protección cuando se trate de conjuntos o sitios históricos o zonas arqueológicas. Véanse los artículos 12, 13 y 18 a 23 de la LPHE.

las Comunidades Autónomas– a través de un expediente específico o los que gozan de esta consideración directamente por mandato legal[150]. En cambio, al Inventario General acceden, previa declaración formal, aquellos bienes muebles –nunca inmuebles– no calificados como de interés cultural pero de «singular relevancia»[151].

Por su parte, las Comunidades Autónomas han implementado regímenes adicionales de salvaguarda, complementarios y compatibles con los previstos en la legislación estatal, partiendo también de un concepto amplio de patrimonio cultural.

La existencia de estas fórmulas estatales o autonómicas reforzadas de protección resulta especialmente relevante a efectos tributarios, debido a que las medidas fiscales dictadas para incidir en el tráfico internacional de bienes culturales parten de la base de que los elementos afectados por una posible exportación o importación estén acogidos a ellas, tal y como constataremos enseguida.

9. ALTERNATIVAS PARA EL EMPLEO DE LOS TRIBUTOS CON FINES EXTRAFISCALES RESPECTO DEL TRÁFICO INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES

En líneas generales, sin limitar por tanto nuestra mirada a la esfera estricta del tráfico exterior de los bienes culturales, las medidas de índole extrafiscal encaminadas a la protección del patrimonio histórico-artístico presentes en nuestro ordenamiento jurídico-tributario pueden reconducirse a tres grandes variantes, según se desprende del gráfico y la tabla que siguen[152].

---

150. Según la LPHE, son bienes de interés cultural por ministerio legal:
a) Cuevas y lugares con manifestaciones de arte rupestre (artículo 40.2).
b) Inmuebles destinados a archivos, museos y bibliotecas de titularidad estatal, bienes muebles contenidos en inmuebles declarados de interés cultural (artículo 60).
c) Bienes declarados histórico-artísticos o incluidos en el Inventario del Patrimonio Artístico y Arqueológico de España con arreglo a la normativa anterior a dicha Ley (disposición final 1ª).
d) Castillos; emblemas, piedras heráldicas, rollos de justicia, cruces de término y demás bienes análogos con más 100 de antigüedad, hórreos y cabazos de Asturias y Galicia (disposición adicional 2ª).

151. El artículo 26 de la LPHE otorga a la Administración el derecho de recabar de los titulares de estos bienes su examen, así como las informaciones pertinentes, para su inclusión si procede en el inventario. Además, impone a dichos titulares la obligación de comunicar su existencia a la Administración competente con carácter previo a su venta o transmisión a terceros. La inclusión en el Inventario General conlleva efectos jurídicos relevantes como los siguientes: la potestad de la Administración para inspeccionar su conservación; la obligación de permitir su estudio y de prestarlos; la obligación de comunicar cualquier transmisión o modificación en su situación; restricciones a la exportación; posible derecho de adquisición por la Administración; y condiciones para la salida temporal de España. Véanse los artículos 26 a 34 de la LPHE.

152. Por tratarse de tributos de finalidad netamente fiscal o recaudatoria, dejamos fuera de nuestro análisis otras medidas, como las tasas exigidas en razón de la utilización de bienes culturales o de la prestación de servicios o la realización de actividades de este carácter.

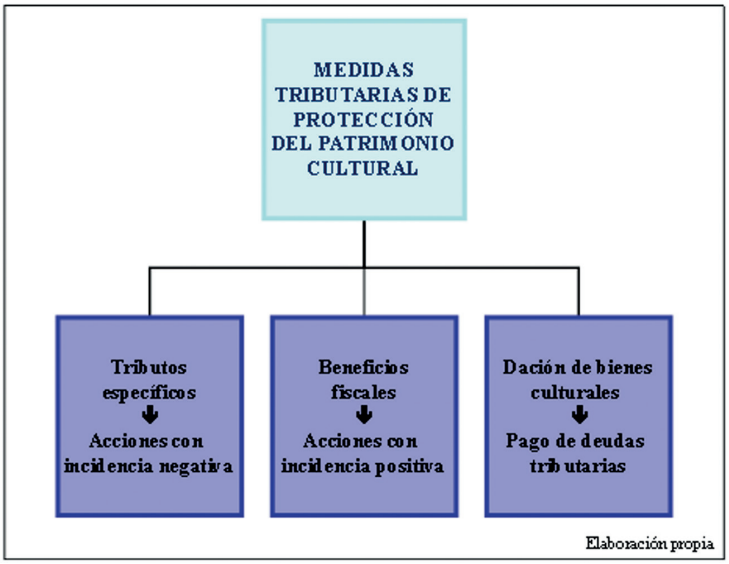


Tabla nº 2

Principales medidas tributarias para la protección del patrimonio cultural

Ámbito	Contenido
Tributos en general	Posibilidad de pago en especie de deudas tributarias mediante la entrega de determinados bienes culturales.
Tasas	Tasa por autorización para la exportación (fuera de la UE) de bienes muebles del patrimonio cultural.
Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas	– Deducción 15% de cantidades invertidas en la adquisición de determinados bienes culturales en el extranjero para su introducción en España. – Deducción 15% por actuaciones para la protección y difusión del patrimonio cultural y de las ciudades, conjuntos y bienes declarados Patrimonio Mundial. – Deducción (75% para los primeros 150 euros; 30% para el resto, con un 5% de incremento para las actividades prioritarias del mecenazgo) por donativos para la conservación, reparación, restauración, difusión y exposición de bienes del patrimonio cultural o por donación de bienes del patrimonio cultural. – Deducciones autonómicas aprobadas por las Comunidades Autónomas.

Podemos localizar ejemplos de este tipo de prestaciones tributarias en el artículo 20.4. del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LHL), aprobado por el Real Decreto-Legislativo 2/2004. En virtud de este precepto, las Entidades Locales están facultadas para establecer tasas por visitas a museos, exposiciones, bibliotecas, monumentos históricos o artísticos, parques zoológicos u otros centros o lugares análogos.

Ámbito	Contenido
Impuesto sobre Sociedades Impuesto sobre la Renta de No Residentes (sujetos pasivos con establecimiento permanente en territorio español)	– Deducción 15% de cantidades invertidas en la adquisición de determinados bienes del patrimonio cultural en el extranjero para su introducción en España (suprimida a partir de 2015). – Deducción 15% por inversiones en bienes de interés cultural (suprimida a partir de 2015). – Deducción 35% (40% actividades prioritarias del mecenazgo) por donativos para la conservación, reparación, restauración, difusión y exposición de bienes del patrimonio cultural. – Deducción 35% por donación de bienes del patrimonio cultural.
Impuesto sobre el Valor Añadido	Exenciones, tipo reducido (8%) y régimen especial para bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección.
Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones	– Reducción (desde 95%) para adquisiciones *mortis causa* o *inter vivos* de determinados bienes del patrimonio cultural. – Reducciones aprobadas por las Comunidades Autónomas.
Impuesto sobre el Patrimonio	Exención de determinados bienes del patrimonio cultural y de objetos de arte y antigüedades.
Impuesto sobre Bienes Inmuebles	Exención de determinados bienes del patrimonio cultural e inmuebles de la Iglesia Católica y las asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas.
Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana	Exención de determinados bienes inmuebles que formen parte del patrimonio cultural.

La primera modalidad consiste en el establecimiento y exigencia de tributos específicos a los sujetos que perjudiquen o entorpezcan con sus actos, actividades u omisiones los objetivos de las políticas de protección y conservación desarrolladas por las Administraciones públicas en este terreno. Se trataría de tributos de naturaleza primordialmente extrafiscal, concebidos como un factor disuasorio para impedir o, al menos, desincentivar determinados comportamientos. Aunque estos gravámenes no son demasiado frecuentes en la práctica, en el próximo apartado explicaremos que nuestra legislación ofrece un exponente de esta orientación, ciertamente imperfecto como trataremos de demostrar por diversas razones. Se trata de la tasa que debe pagarse por obtener el permiso administrativo para la exportación de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural localizados dentro de nuestras fronteras, la cual representa una evidente penalización o sobrecoste fiscal para quien tenga la intención de trasladarlos de forma definitiva al extranjero.

Mucho más frecuentes son, en segundo término, las medidas protectoras que se traducen en una exoneración o disminución de la carga tributaria asociada a determinados bienes, sujetos o actuaciones que se ajustan a las estrategias de conservación y protección diseñadas por las Administraciones públicas. Estamos entonces en presencia de ayudas financieras indirectas, materializadas en beneficios fiscales fundados en razones de índole extrafiscal y que minoran el importe de la recaudación efectiva de los tributos afectados. Según se aprecia en la tabla nº 2, tales beneficios fiscales están hoy en día diseminados en buena parte de los principales impuestos de nuestro sistema fiscal, como el IRPF, el Impuesto sobre Sociedades o el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, entre otros muchos. Y adoptan la configuración de exenciones totales del pago de tributos o de exenciones parciales (reducciones de la base imponible y deducciones o bonificaciones de la cuota tributaria)[153]. En el apartado 11 de este estudio tendremos oportunidad de constatar que la normativa vigente ofrece ejemplos de beneficios fiscales en la imposición sobre la renta cuya finalidad es justamente incidir sobre el tráfico exterior de bienes del patrimonio cultural español, premiando con una deducción a quien lleve a cabo su adquisición en el extranjero con la voluntad de repatriarlos hacia España.

La tercera fórmula de protección de los bienes culturales por medio de instrumentos fiscales es la admisión, bajo ciertas condiciones que resumiremos en el apartado 12, del pago en especie de las deudas derivadas de tributos mediante la entrega de bienes del patrimonio cultural, abriendo así una vía orientada a incrementar los bienes de esta naturaleza en manos de los entes públicos. La conexión con el tráfico internacional que estudiamos en este trabajo proviene de la amplitud con que se admite hoy en día este modo de pago, inicialmente restringido a algunos tributos. Tal amplitud conlleva que, por ejemplo, resulte admisible que una persona o entidad no residente en territorio español satisfaga la deuda derivada del Impuesto sobre la Renta de No Residentes mediante la entrega de un bien que presente interés histórico o artístico como componente de nuestro patrimonio.

153. Para una revisión global de los beneficios fiscales relativos al patrimonio cultural pueden verse, como trabajos más recientes y exhaustivos, los siguientes: J. L. Muñoz del Castillo, M. Vega Herrero y A. Vaquera García, *Beneficios fiscales al patrimonio histórico español,* Universidad de León, 2004, pp. 29 y siguientes; J. Pedreira Menéndez, *Beneficios e Incentivos Fiscales del Patrimonio Cultural,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 57 y siguientes; T. García Luis, «Una visión general de régimen impositivo del Patrimonio Histórico Español», en I. Martín Dégano, G. Menéndez García, G. y A. Vaquera García (Coords.), *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al Profesor Calvo Ortega,* t. I. Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 1.248 y siguientes; y J. D. De la Torre Sotoca, *Tributación de la cultura. Beneficios fiscales al sector cultura*l, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte-Editorial Comares, Granada, 2013, pp. 47 y siguientes.

10. ANÁLISIS DE UNA MEDIDA TRIBUTARIA CON INCIDENCIA SOBRE EL TRÁFICO DE BIENES CULTURALES DESDE ESPAÑA HACIA EL EXTERIOR: LA TASA POR LA AUTORIZACIÓN PARA LA EXPORTACIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO CULTURAL ESPAÑOL

10.1. UN TRIBUTO CON LARGA TRADICIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En el apartado precedente hemos identificado el establecimiento de tributos *ad hoc* como la primera de las opciones teóricas de política fiscal de que dispone el legislador para incidir en el tráfico internacional de bienes de especial valor artístico o histórico. El propósito de esta fórmula es dificultar, obstaculizar o desincentivar su expatriación y el consiguiente empobrecimiento del patrimonio cultural existente dentro de las fronteras nacionales, a través de la exigencia de una carga económica adicional a los operadores que tengan la intención de trasladar estos elementos hacia el exterior.

Nuestro Derecho vigente ofrece un exponente palmario de este tipo de gravamen en la tasa por la concesión de autorización administrativa para la exportación –fuera del territorio de la Unión Europea, según advertiremos enseguida– de bienes integrantes del patrimonio histórico español, regulada en el artículo 30 de la ya citada LPHE, desarrollado a su vez por la disposición adicional segunda del Real Decreto 111/1986. A pesar de que su régimen jurídico presenta unos cuantos aspectos de interés, según trataremos de demostrar en las páginas que siguen, esta prestación tributaria ha recibido una atención muy escasa de la doctrina académica.

En contra de lo que *a priori* pudiera pensarse, no se trata de una figura de nueva implantación por obra de dicho texto legal, dado que ya contaba con una asentada tradición en nuestra normativa histórica[154]. En particular, el origen en el tiempo de la tasa de exportación de bienes culturales se remonta al Real Decreto-ley de 9 de agosto de 1926, relativo al Tesoro artístico-arqueológico nacional[155]. Esta norma no prohibió con carácter general la exportación de bienes culturales, sino únicamente la de aquellas obras de arte cuya salida del territorio español constituyese «grave daño y notorio perjuicio para la historia, la arqueología y el arte por el interés y valor histórico, arqueológico, artístico o documental que tuvieran» (artículo 28). No obstante, en los supuestos en que resultase admisible la exportación de obras de valor e interés histórico, arqueológico o artístico, por no concurrir en ellas esas circunstancias cualificadas, la transferencia al exterior

154. Los antecedentes de este tributo se resumen brevemente en el trabajo de A. Muñoz Villareal, «Las tasas y el patrimonio cultural», en F. D. Adame Prieto y J. Ramos Prieto (Coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez,* Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pp. 1.697-1.698.

155. *Gaceta de Madrid* núm. 227, de 15 de agosto de 1926.

quedaba sujeta a una «tasa de derechos gradual y progresiva». La cuantificación del tributo, que tomaba como base el valor de la cosa u objeto que pretendiese exportarse (concretamente, el valor declarado por el interesado o el fijado mediante tasación por la Comisión de valoración de objetos artísticos), debía realizarse mediante la aplicación de una tarifa de tipos de gravamen que oscilaba entre un mínimo del 2 por 100 (hasta 10.000 pesetas) y un máximo del 20 por 100 del valor del objeto exportado. Nos parece conveniente subrayar, asimismo, que esta tasa nació desde el inicio como un tributo afectado, por cuanto su rendimiento recaudatorio (denominado «derechos por licencia de exportación») se configuró como uno de los recursos adscritos a la financiación de las actuaciones de la Junta de Patronato que el referido Real Decreto-ley institucionalizó para la protección, conservación y acrecentamiento del Tesoro artístico nacional (artículo 37).

Con posterioridad, la Ley de 13 de mayo de 1933, relativa al patrimonio artístico nacional[156], mantuvo esa doble línea limitativa/disuasoria de la exportación de los bienes muebles que formasen parte del patrimonio histórico-artístico. Por ello, cuando se estimase que la salida de un bien no causase detrimento a dicho patrimonio se requería, de una parte, el permiso de la Sección de Exportaciones de la Junta Superior del Tesoro Artístico y, de otra parte, el pago de una exacción designada como «derechos de exportación de objetos antiguos», cuya cuantía había de calcularse aplicando al valor del bien una escala progresiva de tipos de gravamen cuya fijación quedaba remitida a la normativa reglamentaria (artículo 43 y artículo adicional 1º).

Este planteamiento se mantuvo inalterado con ocasión de otras modificaciones legales o reglamentarias posteriores[157], en las que no se aprecian variaciones significativas que debamos reseñar aquí. Así llegamos hasta el que cabe considerar el antecedente más inmediato de la actual tasa, que podemos ubicar en el Decreto 1641/1959, de 23 de septiembre, por el que se convalida la exacción correspondiente a la autorización de exportación de objetos de valor e interés arqueológico, histórico o artístico y de imitaciones o copias[158]. Conforme a esta disposición, dictada a raíz del amplio proceso de reordenación del mundo de la parafiscalidad impulsado tras la aprobación de la Ley de tasas y exacciones parafiscales de 26 de diciembre de 1958, el gravamen se devengaba con motivo de la concesión de la autorización para la exportación por parte de la Comisión de Valoraciones y Exportaciones, correspondiendo el pago al exportador. Esta regulación reglamentaria respetó otras características que venían acompañando al tributo desde su aparición. De modo señalado se siguió tomando como base imponible el valor del bien que fuese a exportarse, determinado a partir del precio

156. *Gaceta de Madrid* núm. 145, de 25 de mayo de 1933.
157. De manera señalada debe citarse la Ley de 22 de diciembre 1955, sobre conservación del patrimonio-artístico (BOE núm. 359, de 25 de diciembre de 1955).
158. BOE núm. 231, de 26 de septiembre de 1959.

consignado en la guía de origen o la declaración particular, aunque contrastado con la tasación efectuada por la Comisión de Valoraciones y Exportaciones y, en su caso, con el informe de las Reales Academias pertinentes si este fuese recabado por la Administración. Sobre dicha base debía aplicarse igualmente una escala progresiva de tipos, que oscilaban entre un mínimo del 5 por 100 (hasta 25.000 pesetas) y un máximo del 30 por 100 (de 500.001 pesetas en adelante). Por último, se mantuvo también intacta la nota de afectación del tributo, cuya recaudación debía emplearse necesariamente en la adquisición de obras de arte y en sufragar gastos de la referida Comisión.

A la vista de este breve relato de los antecedentes normativos[159], resulta patente que la primera y principal novedad del tributo regulado en el artículo 30 de la LPHE es su denominación expresa como tasa, frente a los términos derechos o exacción que habían venido empleándose en las normas anteriores. Esta aparente clarificación de la naturaleza jurídica del tributo trae causa, sin duda, de la evolución dogmática y la depuración conceptual propiciadas en su día por la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, acervo que incorporó 40 años más tarde la LGT de 2003, ya citada. El artículo 26 de la LGT de 1963, vigente en el momento de aprobación de la LPHE, nos hizo ver –igual que lo hace hoy en día el artículo 2.2 de la LGT/2003– que solo existen tres categorías tributarias (impuestos, tasas y contribuciones especiales), a las que han de reconducirse todas las figuras que tradicionalmente habían sido denominadas con términos muy dispares (contribución, arbitrio, canon, exacción, derechos, gravamen, etc.).

10.2. HECHO IMPONIBLE, SUJETO PASIVO Y DEVENGO. INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA DELIMITACIÓN DEL PRESUPUESTO DE HECHO DEL TRIBUTO

Ciertamente, si nos atenemos a la formulación literal del hecho imponible del tributo contenida en el artículo 30.1 de la LPHE, su catalogación como tasa resulta adecuada y coherente con el tratamiento que el propio precepto hace de otros elementos esenciales (subjetivos y temporales) del tributo. El presupuesto de hecho determinante del nacimiento de la obligación tributaria principal es la concesión de la autorización administrativa para realizar la exportación de «cualquier bien mueble» integrante del patrimonio histórico español. En congruencia con lo anterior, se designan como sujetos pasivos, obligados legalmente al pago de la cuota, las personas o entidades nacionales o extranjeras –residentes

159. La derogada Ley 26/1972, de 21 de junio, para la Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación y regulación del comercio de exportación de obras pertenecientes al mismo, reguló en su artículo 16 una exacción progresiva, aplicable en caso de autorización para la exportación de piezas integrantes de dicho Tesoro. Este tributo tenía características análogas al que analizamos en el texto, oscilando sus tipos entre un 6 por 100 (hasta 25.000 pesetas) y un 40 por 100 (de un millón de pesetas en adelante).

en territorio español o no residentes, añadimos nosotros– «a cuyo favor se concedan las autorizaciones de exportación». Y se toma como momento de devengo o nacimiento de la obligación pecuniaria la concesión de la autorización por la autoridad competente.

Nada cabe objetar en este punto de vista a la regulación legal del tributo, que encaja sin problemas en las características del hecho imponible de las tasas[160], tal y como este ha quedado perfilado en la actualidad, después de múltiples vaivenes legislativos y conflictos jurisprudenciales que no es momento de relatar, en el artículo 2.2.a) de la vigente LGT/2003 con carácter general y en el artículo 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, para las tasas de la Hacienda Pública estatal.

Parafraseando a ambos preceptos legales, nos hallamos sin discusión ante un supuesto de actividad administrativa realizada en régimen de Derecho público (autorización para proceder a la exportación de un bien cultural); que se refiere o afecta de modo particular al obligado tributario; que no es de solicitud o recepción voluntaria, ya que existe una obligación legal de solicitar la autorización, con carácter previo a la transferencia del bien o bienes hacia el exterior, cuyo incumplimiento puede originar la comisión de un acto ilícito tipificado como delito o infracción administrativa de contrabando (en función de que el valor de bien supere o no el límite de 18.000 euros), según aclara el artículo 75 de la LPHE[161]; y que no puede ser llevada a cabo por el sector privado por cuanto es una actuación reservada en exclusiva a la Administración pública. Se trata, por tanto, de la modalidad específica de tasa a que alude el artículo 13.a) de la citada Ley 8/1989: «La tramitación o expedición de licencias, visados, matrículas o autorizaciones administrativas».

No obstante, la delimitación del elemento objeto del hecho imponible que acabamos de examinar no resulta tan sencilla como pudiera pensarse a primera vista y tiene que ser completada con varias advertencias sustanciales, al objeto de identificar con exactitud cuáles son las operaciones de transferencia al exterior que realmente van a quedar gravadas por este tributo.

---

160. En este sentido se pronuncia A. García Martínez, Voz «Tasa de exportación», en M. Fuenteseca (Coord.), *Diccionario Jurídico de la Cultura,* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Sección de Derecho de la Cultura, 2014, disponible en *http://www.diccionario-juridico-cultura.com/.*

161. Además de los mecanismos punitivos regulados por nuestro Derecho interno, en tales casos de exportación ilegal de bienes culturales clasificados o definidos por España como patrimonio nacional resulta obviamente de plena aplicación la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012.

Como punto de partida, hay que tener presentes las precisiones acerca del propio concepto de exportación de bienes culturales que contienen tanto la Ley 16/1985 (artículos 5, 31, 32 y 56) como el Real Decreto 111/1986 que la desarrolla (artículo 45).

La LPHE es anterior en el tiempo a la incorporación efectiva de España a la Comunidad Económica Europea (CEE). De ahí que no distinga desde una perspectiva territorial en razón de que el traslado de los elementos patrimoniales, ya sea con carácter definitivo o temporal, tenga como destino a otros Estados miembros de la Unión Europea o a países o territorios terceros. La duda que este silencio pudiera generar queda disipada con rotundidad por la norma reglamentaria, cuya vigente redacción es posterior a dicha incorporación[162], ya que en ella sí se indica expresamente que la salida física de bienes culturales con destino a otros Estados de la Unión es considerada exportación a efectos de nuestro Derecho interno en materia de patrimonio cultural[163]. Vaya pues por delante esta advertencia respecto de la extensión del hecho imponible, sin perjuicio de las ulteriores aclaraciones que efectuaremos a continuación respecto al no sometimiento a la tasa de las transferencias intra-UE.

En cuanto al ámbito material u objetivo, se encuentra totalmente prohibida la exportación definitiva de los bienes muebles que hayan sido declarados de interés cultural, así como la de aquellos otros que la Administración declare expresamente inexportables, atendiendo a su pertenencia al patrimonio histórico español, a modo de medida cautelar hasta que se incoe expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en la LPHE. A similar prohibición se hallan sujetos los bienes constitutivos del patrimonio documental y bibliográfico cuando sean de titularidad pública.

---

162. El artículo 45.1 del Real Decreto 111/1986 fue modificado por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero.

163. En opinión doctrinal que compartimos, tal visión amplia del concepto de exportación que mantiene nuestra legislación nacional en materia de patrimonio cultural no choca con el Derecho europeo, en particular con la configuración del mercado interior como espacio sin fronteras en el que está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. El actual artículo 36 del TFUE (equivalente al antiguo artículo 30 del TCE) permite excepciones a la libre circulación de mercancías, en particular a la prohibición entre los Estados miembros de restricciones cuantitativas a la exportación y de medidas de efecto equivalente (artículo 35 del TFUE, equivalente al artículo 29 del TCE), en forma prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito de los bienes culturales, con el fin de preservarlos de las consecuencias perjudiciales que se podrían derivar de su libre circulación. Apoyan esta tesis autores como J. I. Álvarez Jiménez, «La protección del patrimonio cultural europeo frente a la exportación ilegal», *Revista de Derecho UNED,* núm. 6, 2010, p. 15, y A. García Martínez, Voz «Exportación de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico Español», en M. Fuenteseca (Coord.), *Diccionario Jurídico de la Cultura,* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Sección de Derecho de la Cultura, 2014, disponible en *http://www.diccionario-juridico-cultura.com/.*

Dentro ya de los bienes susceptibles de salir de manera definitiva fuera de España –enseguida veremos que la salida temporal queda exonerada de gravamen–, la autorización expresa de la Administración General del Estado para la exportación sólo resulta preceptiva para sus propietarios o poseedores cuando tengan más de cien años de antigüedad y, en todo caso, cuando se hallen inscritos en el Inventario General de Bienes Muebles previsto en el artículo 26 de la Ley 16/1985 o tengan incoado expediente para su inclusión en el mismo[164]. Estos son, en consecuencia, los bienes culturales que bien por su antigüedad, bien por gozar de una especial protección jurídica pueden originar en un principio el devengo de la tasa al ser trasladados hacia el exterior.

En sentido contrario, conforme a la literalidad del artículo 5 de la LPHE no precisan de permiso de exportación los bienes culturales que tengan menos de 100 años de antigüedad. Sin embargo, esta norma interna solo se aplicará en esos términos estrictos cuando la salida se produzca con destino a otro Estado miembro de la Unión Europea. En cambio, cuando la exportación se dirija a un Estado no comunitario o, en general, fuera del territorio aduanero de la Unión resultará de aplicación el Reglamento (CE) nº 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales[165]. Esta disposición tiene como objetivo básico procurar un control uniforme de las exportaciones de bienes culturales en las fronteras exteriores de la Unión, que quedan supeditadas a la presentación de una autorización de exportación concedida por el Estado miembro que resulte competente. De acuerdo con su artículo 1 y su anexo I, a efectos de determinar la obligatoriedad o no de la obtención de autorización administrativa los bienes culturales se delimitan atendiendo a su antigüedad y a su valor. De la combinación de ambos criterios resultan dos posibles situaciones:

1ª. Bienes culturales con antigüedad superior a 100 años.– Cuando la exportación tenga en España su punto de origen será preceptiva en todo caso la solicitud y concesión de autorización, cualquiera que sea su valor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la LPHE. Aunque no tengan la consideración de bienes culturales a efectos del Reglamento (CE) nº 116/2009, por no alcanzar los umbrales mínimos fijados en su anexo I, la exigencia de permiso viene avalada por la remisión a la legislación nacional que lleva a cabo su artículo 2.4[166].

---

164. El procedimiento para la obtención del permiso de exportación se regula en los artículos 46 a 51 del Real Decreto 111/1986. Sobre este tema puede verse M. T. Carrancho Herrero, *La circulación de bienes culturales muebles,* Dykinson, Madrid, 2001, pp. 136-144.
165. Esta norma sustituyó a partir de marzo de 2009 al anterior Reglamento (CEE) nº 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales, que había sido objeto de diversas modificaciones.
166. De acuerdo con este precepto, la exportación directa desde el territorio aduanero de la Unión Europea «de bienes con rango de patrimonio nacional que posean un valor artístico, histórico o arqueológico y que no constituyan bienes culturales en virtud del presente Reglamento estará sometida a la legislación nacional del Estado miembro exportador».

2ª. Bienes culturales que tengan entre 50 y 100 años de antigüedad.– La autorización para la exportación será requerida, siempre que no pertenezcan a sus autores, únicamente si su valor económico en el momento de presentarse la solicitud de autorización supera unos umbrales mínimos, que esencialmente son los siguientes[167]:

- Mosaicos y dibujos, grabados, fotografías y mapas geográficos impresos, 15.000 euros.
- Acuarelas, aguadas y pasteles, 30.000 euros.
- Esculturas y colecciones, 50.000 euros.
- Cuadros, 150.000 euros.
- Demás objetos, 50.000 euros.

Al margen de las precisiones anteriores sobre las operaciones de exportación que se hallan sujetas a autorización, resulta necesario afinar aún más el ámbito de actuación de esta tasa en razón de la incidencia del Derecho de la Unión Europea y de su primacía sobre el Derecho interno. Como ya hemos apuntado, la aprobación de la LPHE tuvo lugar escasos meses antes de la incorporación de España a la CEE. Una vez hecha efectiva la adhesión de nuestro país a dicha organización supranacional, la disposición adicional segunda (apartado 4) del Real Decreto 111/1986 (en vigor desde el 29 de enero de 1986) no tuvo más remedio que declarar que la tasa dejaría automáticamente de ser aplicada respecto de las exportaciones de bienes culturales que tuvieran como destino a Estados miembros, en virtud de la prohibición de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente dispuesta por los artículos 28 y 30 del TFUE. Esta prohibición es estricta, dado que no se contempla ninguna excepción. De ahí que una hipotética pretensión nacional de exigir un tributo de exportación en las entregas o expediciones intracomunitarias de bienes culturales no podría ni siquiera ampararse en el artículo 36 del propio Tratado, que autoriza la fijación de las restricciones a la exportación por razones de «protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional», al constituir ese gravamen una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Aunque

167. En la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 14 de noviembre 2011 (recurso 682/2009,JT 2011, 1326) se examina un caso interesante de discordancia entre el valor declarado por el interesado al solicitar el permiso de exportación del bien cultural (200.000 euros) y el valor real que alcanzó la obra en el momento de su posterior venta (126.626,59 euros), el cual resultó finalmente inferior al límite de 150.000 euros fijado entonces por el Reglamento (CEE) nº 3911/92, actualmente sustituido por el Reglamento (CE) nº 116/2009. En criterio de la Sala que compartimos, el valor a considerar a efectos de si resultaba o no preceptiva la autorización y el consiguiente pago de la tasa era el primero, pues así se desprende con claridad del penúltimo párrafo del anexo I de ambos Reglamentos: «El cumplimiento de las condiciones relativas al valor económico deberá juzgarse en el momento de ser presentada la petición de autorización de exportación».

no se aclare de manera expresa, a nuestro juicio estamos ante un supuesto de no sujeción al tributo[168], cuyo devengo no llega a producirse por ser ello incompatible con la taxativa interdicción de existencia de gravámenes aduaneros en el interior del territorio comunitario que enuncia el Tratado.

10.3. EXENCIONES

El artículo 30 de la LPHE establece tres supuestos de exención total del pago de la tasa, a pesar de haberse verificado su hecho imponible.

El primero de ellos se refiere a la exportación de bienes muebles que tenga lugar durante los diez años siguientes a su importación, con el triple requisito de que esta última se hubiere realizado de forma legal, esté reflejada documentalmente y los bienes no hayan sido declarados de interés cultural de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del propio texto legal. Como regla general, este precepto dispone que los bienes procedentes del exterior no puedan ser declarados de interés cultural en los diez años siguientes a la fecha de su importación[169]. Transcurrido ese plazo, los bienes quedarán sometidos al régimen general de la Ley[170], asimilación que implica a su vez que en los supuestos ya examinados de transferencia a países no pertenecientes a la Unión Europea sea preceptiva la obtención de autorización para su exportación y exigible el pago de la tasa.

En segundo término, se declara exenta la autorización para exportación o salida temporal de bienes culturales, que conforme al artículo 45.3 de la LPHE es factible incluso respecto de los bienes declarados de interés cultural. La no exigencia de la cuota tributaria se justifica aquí por la preceptiva repatriación del bien que ha de producirse una vez cumplido el plazo máximo de perma-

168. Para A. García Martínez, Voz «Tasa de exportación», *op. cit.*, se trata de una exención que responde a la necesidad de garantizar la libre circulación de mercancías en el territorio de la Unión Europea, eliminado las trabas de naturaleza fiscal.

169. Sin embargo, esta regla tiene dos importantes excepciones. En primer lugar, a tenor del artículo 32.3 los bienes muebles que por sus características sean merecedores de formar parte del patrimonio histórico español podrán ser declarados de interés cultural antes del plazo de diez años si su propietario solicita dicha declaración y la Administración resuelve que el bien enriquece dicho patrimonio cultural. La otra excepción se refiere a los bienes culturales adquiridos fuera del territorio español para su importación al mismo, cuando tales adquisiciones permitan a los propietarios acogerse a las deducciones fiscales que examinaremos en el apartado 11 de este trabajo.

170. En cualquier caso, el artículo 32.2 de la LPHE prevé la posibilidad que, pasados los diez años, sus poseedores soliciten a la Administración prorrogar esta situación por igual plazo, prórroga que puede ser concedida oído el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español.

nencia en el extranjero autorizado por la Administración española[171], plazo cuyo eventual incumplimiento convertirá de forma sobrevenida en exportación ilícita la salida del territorio nacional (artículos 31.2 de la LPHE y artículo 55 del Real Decreto 111/1986).

Finalmente, goza igualmente de exención la exportación de bienes muebles creados por autores vivos, sin necesidad de observar ningún requisito temporal o cuantitativo.

10.4. ELEMENTOS DE CUANTIFICACIÓN: BASE IMPONIBLE Y TIPO DE GRAVAMEN

En nuestra opinión, estamos ante el aspecto más problemático del régimen jurídico de este tributo, que adolece en este punto de cierto anacronismo desde un punto de vista técnico y, lo que es más grave o preocupante, muestra síntomas de escasa o nula coherencia con su catalogación dentro de la categoría de las tasas.

La base imponible, expresada en unidades monetarias, se ha de determinar por el valor real –concepto jurídico indeterminado que, como es bien sabido, se halla omnipresente en la regulación de múltiples figuras de nuestro sistema tributario– del bien cultural para cuya exportación se solicita autorización[172]. Se tomará como tal valor real el declarado por el solicitante[173], sin perjuicio de la posible comprobación administrativa realizada por el organismo correspondiente de la Administración del Estado, que prevalecerá cuando sea superior a aquél. Esta dicotomía valor declarado/valor comprobado administrativamente a la hora de medir el valor real de los bienes no tiene nada de especial, puesto que es habitual en otros impuestos que inciden sobre el tráfico patrimonial como el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, donde es además fuente de no pocos conflictos entre Hacienda y los obligados tributarios. Dado que no

171. La finalidad de este tipo de exportación, en palabras de M. T. Carrancho Herrero, *La circulación de bienes culturales..., op. cit.,* p. 141 es favorecer el intercambio cultural sin que ello comporte merma del patrimonio histórico de cada país.
172. Como nos recuerda A. García Martínez, Voz «Tasa de exportación», *op. cit.,* «este valor real se viene identificando por la mejor doctrina como el valor normal de mercado, esto es, el valor que pactarían partes independientes actuando libremente en el mercado». En el caso de los bienes culturales, añade este autor, «al tratarse en muchos casos de un mercado altamente especializado, lógicamente tendrá validez la tasación efectuada por los expertos».
173. En la solicitud de permiso de exportación debe constar, pues así lo reclama el artículo 46.1.c) del Real Decreto 111/1986, una declaración del valor del bien por parte del solicitante.

se prevé ninguna reducción sobre dicha base imponible, su importe coincidirá con el de la base liquidable.

La cuota tributaria se calcula mediante la aplicación separada a cada uno de los bienes para los que se solicite permiso de exportación de una tarifa progresiva por tramos o escalones, que contempla hasta cuatro tipos de gravamen diferenciados: 5 por 100 hasta 6.000 euros; 10 por 100 entre 6.000,01 y 60.000 euros; 20 por 100 entre 60.000,01 y 600.000 euros; y 30 por 100 de 600.000,01 euros en adelante[174]. Nos llama poderosamente la atención la manera tan elemental en que aparece presentada esta tarifa en el artículo 30.E) de la LPHE, ya que se obliga al sujeto pasivo a calcular de manera separada la cuota correspondiente a cada uno de los tramos de base imponible, en lugar de suministrar la cuota acumulada hasta el inicio del último tramo de base para que el contribuyente aplique únicamente el tipo marginal al resto de dicha base. Esta sucesión de operaciones podría haberse evitado fácilmente si la tarifa se configurase en forma análoga a las modernas escalas progresivas de otros tributos mucho más relevantes, como el IRPF, el Impuesto sobre el Patrimonio o el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Bastaría con reordenarla tal y como aparece a continuación:

Tabla nº 3

Configuración de los tipos de gravamen de la tasa de exportación en forma de escala progresiva

Base liquidable – Hasta euros	Cuota íntegra – Euros	Resto de base liquidable – Hasta euros	Tipo aplicable – Porcentaje
0	0	6.000,00	5
6.000,00	300	54.000,00	10
60.000,00	5.700	540.000,00	20
600.000,00	113.700	En adelante	30

La desidia del legislador en este punto resulta harto sintomática del distanciamiento de este tributo de las pautas hoy en día habituales en nuestro sistema fiscal. Pero más sorprendente, si cabe, son las cuotas tan elevadas que pueden resultar de la tarifa. Como puede apreciarse en los ejemplos que detallamos en la tabla nº 4, para bienes con un valor elevado el tipo medio de gravamen puede llegarse a situarse en niveles que rondan el 25 por 100.

174. Con respecto al umbral de 600.000 € (100 millones de pesetas) a partir del cual se alcanza el tipo máximo del 30 por 100, J. L. Álvarez Álvarez se plantea que será muy extraño que se concedan autorizaciones para exportar bienes del patrimonio histórico español con esos valores, ya que «probablemente podrían ser declarados BIC, que son inexportables conforme al artículo 5, o serían claramente inventariables» (*Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985,* Civitas, Madrid, 1989, p. 403).

Tabla nº 4
Ejemplos de aplicación de los tipos de gravamen progresivos de la tasa de exportación

Base liquidable = 50.000 €	**Base liquidable = 250.000 €**	**Base liquidable = 500.000 €**	**Base liquidable = 1.200.000 €**
Hasta 6.000 € × 5% = 300 €	Hasta 6.000 € × 5% = 300 €	Hasta 6.000 € × 5% = 300 €	Hasta 6.000 € × 5% = 300 €
De 6.000,01 a 50.000 € × 10% = 4.400 €	De 6.000,01 a 60.000 € × 10% = 5.400 €	De 6.000,01 a 60.000 € × 10% = 5.400 €	De 6.001 a 60.000 € × 10% = 5.400 €
–	De 60.000,01 a 250.000 € × 20% = 38.000 €	De 60.000,01 a 500.000 € × 20% = 88.000 €	De 60.000,01 a 600.000 € × 20% = 108.000 €
–	–	–	De 600.000,01 a 1.200.000 × 30% = 180.000 €
Cuota tributaria total = 4.700 €	**Cuota tributaria = 43.700 €**	**Cuota tributaria total = 93.700 €**	**Cuota tributaria total = 293.700 €**
Tipo medio de gravamen = 9,4%	**Tipo medio de gravamen = 17,48%**	**Tipo medio de gravamen = 18,74%**	**Tipo medio de gravamen = 24,48%**

Estas cuotas no parecen responder a una estricta observancia del denominado principio de equivalencia formulado por el artículo 7 de la Ley 8/1989. Como dice este precepto, las tasas «tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible». Dicho coste del servicio opera, además como un tope máximo a la hora de fijar su cuantía en virtud de la regla incorporada al artículo 19.2 del mismo texto legal, según el cual «el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida»[175].

No hemos podido acceder a datos oficiales sobre la recaudación anual de esta tasa, ni tampoco a información pública sobre el coste de servicio o actividad administrativa –en este caso la tramitación de autorizaciones de exportación– que provoca su exigencia[176]. Carecemos, en consecuencia, de una medición siquiera aproximada

175. En orden a calcular el importe de las tasas en función del coste del servicio, el artículo 19.3 de la Ley 8/1989 ordena que se tomen en consideración los costes directos e indirectos, incluidos los de carácter financiero, la amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa, todo ello con independencia del presupuesto con cargo al cual se satisfagan.

176. Los únicos datos relevantes que hemos podido encontrar se refieren al número de expedientes de exportación realizados o previstos, conforme al desglose del presupuesto por programas del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Dentro del programa 337C «Protección del patrimonio histórico» del presupuesto para 2013 y 2014 figuran los datos aproximativos siguientes: en 2011, 1.000 expedientes presupuestados y 1.800 realizados; en

de los dos términos que habrían de ser objeto de comparación. De cualquier modo, si tenemos en cuenta los altos tipos de gravamen antes comentados no nos resulta nada aventurado concluir que hay una evidente falta de correspondencia entre la cuantía global de lo recaudado por la tasa y el coste real o previsible de la actividad que origina su devengo. Tal desequilibrio no sólo supone una vulneración del principio de equivalencia, sino que además nos lleva a albergar serias y fundadas sospechas de que esta figura tributaria encubra en realidad un impuesto sobre el tráfico de bienes culturales hacia el exterior, tal y como subrayaremos al final de este apartado 10.

10.5. APLICACIÓN DE LA TASA Y AFECTACIÓN DE SU PRODUCTO A LA ADQUISICIÓN DE BIENES CULTURALES

La gestión y recaudación en período voluntario de esta tasa corresponde al Ministerio competente en materia de Cultura –actual Ministerio de Educación, Cultura y Deporte-[177]. Al objeto de dar cumplimiento al derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos, reconocido por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, desde hace varios años está previsto que la presentación de la declaración-liquidación y el correspondiente pago puedan realizarse por vía telemática, con carácter opcional para el obligado tributario[178].

Esas competencias tributarias para la exigencia de la tasa deben deslindarse de las competencias para tramitar y resolver el expediente administrativo de autorización de la exportación, que son compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El Real Decreto 111/1986 (artículos 47 y 48) da la opción al interesado de presentar la solicitud de permiso directamente ante la Administra-

---

2012, 1.000 expedientes presupuestados y 2.800 realizados; en 2013, 2.050 expedientes presupuestados y 3.050 según la ejecución prevista; en 2014, 3.000 expedientes presupuestados.

177. Aunque el artículo 30.H) de la Ley 16/1985 no distingue dentro de la recaudación entre el período voluntario y el período ejecutivo, lógicamente la atribución de competencia que en él se realiza debe ponerse en conexión con lo dispuesto en el artículo 3.1.a) del Reglamento General de Recaudación (RGR), aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, respecto de la recaudación de las tasas de la Hacienda pública estatal. Según este precepto, la recaudación en período voluntario de las tasas estatales se llevará a cabo por el órgano de la Administración General del Estado que tenga atribuida su gestión –en este caso el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte–. Por el contrario, la recaudación en período ejecutivo –en particular a través del procedimiento de apremio– corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

178. Véase al respecto la Resolución de 16 de diciembre de 2009, de la Subsecretaría de Cultura, por la que se establece el procedimiento para la liquidación y el pago por vía telemática de la Tasa con código 034: Tasa por permisos de exportación de bienes del Patrimonio Histórico Español. La aplicación informática se encuentra disponible en la sede electrónica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte: *https://sede.mcu.gob.es/pagosTelematicos/portada.jsp* (consulta realizada en mayo de 2015).

ción estatal, donde a la vista del dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación resolverá la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas; o bien ante la Comunidad Autónoma donde se hallen ubicados los bienes si la misma tiene asumidas competencias en materia de exportación de bienes culturales y cuenta con una comisión calificadora propia –esta segunda alternativa adquiere especial sentido cuando se trate de bienes protegidos conforme a legislación propia de las Comunidades Autónomas–. Si la Administración autonómica deniega la solicitud ello pondrá fin al expediente, pero en caso contrario se dará traslado del mismo al Ministerio para su resolución definitiva.

Tal separación entre las competencias para la liquidación y recaudación del tributo, atribuidas en exclusiva al Estado con base en el artículo 133.1 de la CE, y las competencias para tramitar y resolver las solicitudes de autorización de salida al exterior de bienes culturales, compartidas con las Comunidades Autónomas, cuenta con el refrendo del Tribunal Constitucional (STC 17/1991, de 31 de enero, [RTC 1991, 17])[179].

La última nota característica de este tributo que debemos comentar es que su producto recaudatorio se halla afectado a un fin determinado. Concretamente, el rendimiento obtenido ha de ser empleado de forma exclusiva para la adquisición de bienes que presenten interés para el patrimonio histórico español. Esta restricción, que supone una excepción al principio general de no afectación de los ingresos públicos que rige en nuestro Derecho presupuestario[180], supone un indicio relevante del componente extrafiscal que parece presidir este tributo[181]. Lejos de presentarse como un instrumento recaudatorio, este pretende en el fondo compensar la pérdida ocasionada por la salida de bienes culturales del territorio español mediante la adquisición de otros que los sustituyan[182].

---

179. En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su día por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la LPHE se argumentó que su artículo 30, apartados H) e I), sustraía indebidamente la tramitación de las exportaciones a través del procedimiento indirecto de atribuir a la Administración General del Estado la gestión de la tasa y el producto de la misma generado por la prestación de aquel servicio. El Tribunal Constitucional rebatió esta tesis, al defender que la competencia atribuida a la Administración estatal por el artículo 149.1.28ª de la Constitución «justifica la de otorgamiento de la licencia, y ésta, a su vez, justifica la exacción de la tasa correspondiente (cuyo fundamento de imposición cabe referir al artículo 133.1)» (STC 17/1991 [RTC 1991, 17], fundamento jurídico 16).
180. Artículo 27.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
181. C. Barrero Rodríguez valora favorablemente esta afectación, si bien matiza que «no parece del todo correcta su adscripción específica a la adquisición de bienes de esta naturaleza, por cuanto el Patrimonio Cultural puede presentar, en determinados momentos, necesidades más acuciantes que ésta, a cuyos fines podrían ser de gran utilidad tales fondos» (*La ordenación jurídica del patrimonio..., op. cit.,* pp. 630-631).
182. De cualquier forma conviene no olvidar que, conforme a la línea jurisprudencial asentada por el Tribunal Constitucional en recientes pronunciamientos relativos a tributos establecidos por las Comunidades Autónomas, la afectación de la recaudación a una determinada finalidad «no es más que uno de los varios indicios –y no precisamente el más importante– a tener en cuenta a la hora de calificar la verdadera naturaleza del tributo»

No obstante, como carencia manifiesta del artículo 30.I) de la Ley 16/1985, no subsanada tampoco por la normativa reglamentaria, hemos de anotar que no se arbitre ningún mecanismo de control para garantizar el efectivo cumplimiento de la exigencia de destino de los ingresos derivados de la tasa a la adquisición de bienes culturales. El precepto se limita a prever su ingreso en el Tesoro Público, pero no requiere al Ministerio para que ponga en práctica, por ejemplo, algún sistema de rendición de cuentas o de información periódica sobre la utilización de los fondos recaudados.

10.6. VALORACIÓN CRÍTICA DE ESA FIGURA: UN TRIBUTO DESNATURALIZADO Y DE FÁCIL ELUSIÓN EN EL CONTEXTO DEL MERCADO INTERIOR EUROPEO

Desde un planteamiento general de la política fiscal de protección del patrimonio cultural, nos parece adecuada y plenamente justificada la existencia de un tributo que penalice el traslado definitivo fuera del territorio español y de la Unión Europea de aquellos componentes del mismo que, aun no gozando de protección plena –lo que conllevaría una imposibilidad casi absoluta de exportación–, tengan cierta relevancia o antigüedad[183].

La imposición de una carga tributaria sustancial de estas características es una solución que cuenta con una larga tradición en nuestra normativa interna y en el Derecho comparado, pues existen o han existido figuras similares en países del entorno que suelen tomarse como referencia en la materia por la valía y dimensión de su patrimonio histórico y su activismo en la protección del mismo. Tal es el caso, por ejemplo, de Francia, donde se exige al exportador la *Taxe sur les ventes de métaux précieux, bijoux, objets d'art, de collection et d'antiquité,* también conocida como *Taxe sur les objets précieux*[184], consistente en un tipo de gravamen proporcional del 6,5 por 100; o de Italia, donde encontramos el ejemplo de la derogada *Tassa progressiva sul*

---

y, más concretamente, de determinar si «prima el carácter contributivo o una finalidad extrafiscal». Véanse, en este sentido, las SSTC 179/2006, de 13 de junio, fundamento jurídico 10 (RTC 2006, 179), 60/2013, de 13 de marzo, fundamento jurídico 5 (RTC 2013, 60), 53/2014, de 10 de abril, fundamento jurídico 6 (RTC 2014, 53) y 22/2015, de 16 de febrero, fundamento jurídico 4 (RTC 2015, 22).

183. En contra del mantenimiento de este tributo se pronunció J. L. Álvarez Álvarez con el argumento básico de su muy escasa recaudación (*Estudios sobre el Patrimonio Histórico..., op. cit.,* pp. 402-403).

184. Esta tasa se encuentra regulada en los artículos 150 VI a 150 VM del *Code général des impôts*. Se configura como un tributo a satisfacer por el exportador, siempre que el objeto tenga un valor superior a 5.000 €. Para el cálculo de la cuota se aplica un tipo de gravamen fijo del 6 por 100 (más un 0,5 por 100 adicional en concepto de contribución para el reembolso de la deuda social-CRDS) sobre el valor declarado o el valor en aduana. Puede verse información actualizada sobre este tributo en el siguiente enlace del Ministerio de la Cultura y la Comunicación de Francia (consulta realizada en octubre de 2014): *http://vosdroits.service-public.fr/professionnels-entreprises/F1277.xhtml.*

valore cuyos tipos de gravamen oscilaban entre el 8 y el 30 por 100[185]. Sin duda, este tipo de tributos puede actuar como un elemento disuasorio para las personas o entidades que operan en estas transacciones hacia el exterior[186].

Sin perjuicio de lo que acabamos de afirmar, el régimen jurídico de la tasa de exportación que hemos examinado presenta a nuestro modo de ver dos graves problemas, uno de nacimiento y otro sobrevenido. El problema congénito procede de su errónea catalogación como tasa. A pesar de que hemos admitido que su hecho imponible encaja dentro de la definición legal de esta categoría tributaria, los elevados tipos de gravamen fijados por la Ley provocan que la cuota tributaria quede desvinculada y muy por encima del coste de la actividad administrativa que pretendidamente justifica su exigencia. Este desconocimiento del principio de equivalencia implica, a su vez, una mutación de la naturaleza jurídica del tributo, que se aleja así de la noción de tasa por la obtención de un permiso de exportación de bienes culturales para convertirse, de hecho, en un impuesto indirecto encubierto, cuyo objeto imponible es la circulación patrimonial inherente a la salida hacia el exterior de tales bienes[187].

Por desgracia, estas confusiones conceptuales entre las categorías tributarias no son algo aislado o infrecuente en nuestro sistema fiscal. Uno de los ejemplos más sonados es la tasa sobre juegos de suerte, envite o azar, creada por el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas, actualmente cedida a las Comunidades Autónomas. Dicho tributo ha sido rebautizado como un verdadero impuesto por la doctrina académica y la jurisprudencia[188], a

185. *Legge 1 Giugno 1939, N. 1089, Tutela delle cose d'interesse Artistico o Storico.* Puede consultarse verse el documento completo en el siguiente enlace del Ministerio de los Bienes y Actividades Culturales y del Turismo de Italia (consulta realizada en octubre de 2014): *http://www.librari.beniculturali.it/opencms/export/sites/dgbid/it/documenti/Normativa/Legge_1_giugno_1939_n_1089.pdf.*

186. J. L. Álvarez Álvarez duda sobre el sentido fiscal o extrafiscal del tributo español: «No es fácil saber qué prevale en esta norma, si el aspecto disuasorio para evitar la exportación de bienes del PHE como consecuencia del establecimiento de un gravamen, o el puramente fiscal de obtención de unos ingresos» (*Estudios sobre el Patrimonio Histórico..., op. cit.,* p. 402).

187. El Tribunal Constitucional no se pronunció en la STC 17/1991 (RTC 1991, 17) sobre esta cuestión, pero en la afirmación siguiente ya dejó entrever con cierta sutileza sus dudas al respecto: «Lo cierto es que al margen de la real naturaleza jurídica de este tributo, la competencia exclusiva que el Estado ostenta para la defensa contra la exportación es lo que permite en el ejercicio de la misma someterla a previa licencia, cuyo otorgamiento se configura como hecho imponible de la tasa».

188. El hecho imponible se define como «la autorización, celebración u organización» de cualquiera de las modalidades de juego sometidas a gravamen (casinos de juego, juego del bingo, juego mediante boletos y explotación de máquinas o aparatos recreativos o de azar). Sin embargo, la doctrina mayoritaria se ha decantado por otorgarle naturaleza de impuesto, dado que el nacimiento de la obligación de pago no lo origina tanto la provocación de un coste o gasto por una actividad administrativa (la autorización) cuanto la celebración u organización de los juegos gravados. Tal reconsideración de la naturaleza jurídica de tal pretendida tasa sobre el juego ha tenido su fiel trasunto en la jurisprudenc-

pesar de lo cual el legislador no ha salido de su pasividad y ha persistido en designarlo como tasa. Lo traemos aquí a colación porque al analizar su naturaleza jurídica en la Sentencia 296/1994, de 10 de noviembre, fundamento jurídico 4 (RTC 1994, 296), el Tribunal Constitucional sentó dos ideas básicas que creemos trasladables, *mutatis mutandis,* al tributo que aquí nos ocupa.

Por un lado, en esta Sentencia se nos advierte que sería «puro nominalismo» entender que la denominación legal de tasa sea elemento determinante de la verdadera naturaleza de un tributo, «pues las categorías tributarias, más allá de las denominaciones legales, tienen cada una de ellas la naturaleza propia y específica que les corresponde de acuerdo con la configuración y estructura que reciban en el régimen jurídico a que vengan sometidas». Por otro lado, la citada STC recoge una breve pero clarificadora síntesis de las diferencias entre las tasas, cuyo hecho imponible debe aparecer siempre vinculado a una actividad o servicio de la Administración pública, y los impuestos, que recaen sobre, negocios, actos o hechos expresivos de la capacidad económica del sujeto pasivo:

> «Ello a su vez conlleva que en las tasas la determinación del sujeto pasivo se realice por referencia a la actividad administrativa y el importe de la cuota se fije, esencialmente, atendiendo al coste de la actividad o servicio prestado por la Administración, con los que tiene una relación, más o menos intensa, de contraprestación, mientras que en los impuestos el sujeto pasivo se determina por la actividad de los contribuyentes y el gravamen se obtiene sobre una base imponible que es expresiva de una capacidad económica, que no opera como elemento configurador en las tasas o, si lo hace, es de manera muy indirecta y remota».

Un tributo en el que el tipo de medio de gravamen puede situarse en el entorno del 25 por 100 del valor del bien cultural dista mucho de poder ser considerado una contraprestación más o menos proporcionada al coste provocado a la Administración por la solicitud de una actividad o servicio. De ahí que no quede otra salida que calificarlo como un impuesto indirecto sobre la exportación[189].

¿Debe esta incorrección nominativa traer consigo alguna consecuencia jurídica? Cuando un tributo de naturaleza impositiva ha sido incorrectamente denominado como tasa, según acabamos de ver que sucede con la mal llamada tasa sobre juegos de suerte, envite o azar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no han reaccionado considerando que tal defecto normativo

---

cia, con particular reiteración en numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo, que han corroborado su acusada aproximación a la categoría de los impuestos, llegando incluso a propugnar su catalogación como un impuesto estatal.

189. La configuración como impuesto es asumida por buena parte de la doctrina que ha estudiado este tributo. Pueden verse, entre otros autores, M. L. Fernández de Soto Blass, «La tributación del patrimonio histórico español», *Impuestos,* 2006, vol. I, p. 203, J. D. De la Torre Sotoca, *Tributación de la cultura..., op. cit.,* p. 254, y A. García Martínez, Voz «Tasa de exportación», *op. cit.*

deba dar lugar a la expulsión del ordenamiento de su normativa reguladora. Sin embargo, con el debido respeto que siempre nos merecen los pronunciamientos de ambos Tribunales, creemos que no debe otorgarse una patente de corso al legislador para utilizar a su antojo, sin necesidad de observar un mínimo rigor técnico-jurídico, la tríada de categorías tributarias asentada desde hace muchos años en nuestro ordenamiento tributario. Somos contrarios a que puedan admitirse con carácter general ese tipo de incorrecciones técnicas, ya que la confusión entre tasas e impuestos, además de suponer una quiebra del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), en cuanto merma de la certeza del Derecho de los contribuyentes, tiene otras importantes derivaciones desde la perspectiva de los principios de capacidad económica –cuya incidencia es mucho mayor en los impuestos que en las tasas– y de reserva de ley en materia tributaria –más flexible en las tasas que los impuestos– (artículos 31.1 y 3 de nuestra Carta Magna) que no es momento de analizar.

El segundo gran problema de la tasa de exportación trae causa de su concepción originaria como una medida fiscal adoptada unilateralmente por nuestro Estado en un contexto muy diferente al actual. Ello provoca que su virtualidad quede muy difuminada en el contexto de la Unión Europea por la fuerza expansiva del mercado interior, la libre circulación de mercancías y la unión aduanera, postulados básicos del Derecho europeo que ya hemos visto que proscriben su exigencia respecto de las transferencias de bienes culturales desde el territorio español hacia otros Estados miembros. A mayor abundamiento, no hace falta una especial capacitación para la ingeniería o la planificación fiscal para darse cuenta de que hoy en día está expedito un camino muy sencillo para evitar legítimamente el pago del tributo, sin incurrir en una conducta defraudatoria. Bastaría con organizar la exportación de dos etapas sucesivas. En un primer momento el bien cultural saldría de España con destino a cualquiera de los otros 27 Estados miembros que no cuente en su legislación fiscal o en materia de patrimonio cultural con un tributo similar. Una vez recibido el bien en ese Estado miembro, desde él se procedería a su transferencia fuera de las fronteras de la Unión, libre de cualquier gravamen a la exportación. Lejos de necesitar estructuras sofisticadas o artificiosas, así de simples pueden llegar a ser las maniobras a la búsqueda de ahorro fiscal en una Europa sin fronteras interiores.

10.7. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN

Por los motivos que acabamos de indicar, creemos que el futuro de este tributo pasa por un profundo replanteamiento en una doble dirección.

En primer lugar, debería diseñarse como un impuesto sobre la circulación de bienes hacia el exterior de la Unión Europea, asumiendo una finalidad claramente extrafiscal de protección del patrimonio cultural y conservando, en con-

gruencia con lo anterior, la nota de la afectación de su rendimiento a gastos públicos relacionados con dicho patrimonio, que debería reforzarse con algún mecanismo de control o seguimiento del destino efectivo dado a los ingresos por las Administraciones nacionales. El alejamiento de la noción de tasa evitaría el desconocimiento del principio de equivalencia que se constata en la vigente regulación española.

En segundo término, para asegurar la eficacia práctica de este gravamen y cerrar vías de escape debería abandonarse su tratamiento en clave nacional para convertirlo en una figura impositiva regulada por la normativa europea como tributo armonizado, a modo de un instrumento complementario de las disposiciones ya vigentes sobre exportación de bienes culturales. De esta forma se pondría fin a las opciones de arbitraje fiscal –admisibles siempre que no supongan maniobras abusivas– que hemos descrito en el subapartado anterior. Somos conscientes de las reticencias que muestran los Estados miembros a emprender avances que evoquen, siquiera de manera remota, la armonización de las legislaciones fiscales nacionales. Pero, a nuestro modo de ver, en este caso el anclaje de la acción normativa de la Unión Europea no se hallaría en el artículo 107 del TFUE –que exige superar el siempre difícil escollo de la regla de la unanimidad del Consejo–, sino en su competencia exclusiva en materia de unión aduanera y en su competencia para apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en el ámbito cultural, recogidas en el artículo 3.1.a) y 6.c) del propio Tratado, que son las que sustentado hasta la fecha la aprobación de normas con relación a exportación de bienes culturales.

11. ANÁLISIS DE UNA MEDIDA TRIBUTARIA CON INCIDENCIA SOBRE EL TRÁFICO DE BIENES CULTURALES DESDE EL EXTERIOR HACIA ESPAÑA: LA DEDUCCIÓN POR ADQUISICIÓN DE BIENES CULTURALES EN EL EXTRANJERO PARA SU REPATRIACIÓN

La entrada de bienes culturales procedentes del exterior es susceptible de tener diversas repercusiones tributarias. Si los mismos proceden de Estados que no forman parte de la Unión Europea su importación originará el devengo del gravamen aduanero común y del IVA. En cambio, cuando empresarios o profesionales adquieran estos elementos procedentes de otro Estado miembro se producirá igualmente una adquisición intracomunitaria a efectos del IVA. No es objeto de este estudio abordar las particularidades de la tributación de los bienes culturales en el IVA, en cuya regulación se contemplan algunas exenciones relevantes y hasta un régimen especial para los bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección[190].

190. Se declaran exentas las adquisiciones intracomunitarias y las importaciones de objetos de colección o arte, de carácter educativo, científico o cultural, no destinados a la ven-

Nuestra atención se va a centrar ahora en un breve análisis de un beneficio fiscal que se halla presente en la regulación de la imposición directa sobre la renta, es decir, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y que, hasta el ejercicio 2014, aparecía asimismo en el Impuesto sobre Sociedades (IS) y el Impuesto sobre Renta de No Residentes (IRNR). Su finalidad, a la inversa que la tasa de exportación que examinamos en el apartado precedente, es incentivar la repatriación al territorio español de determinados bienes culturales mediante una rebaja de la carga tributaria asociada a esos tributos.

11.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE ESTE BENEFICIO FISCAL

Los artículos 70.1 y 71.1 de la LPHE ya contemplaron en su día deducciones en la imposición estatal sobre la renta de las personas físicas y las sociedades y demás personas jurídicas por la realización de inversiones destinadas a la adquisición de bienes declarados de interés cultural. Los porcentajes y límites cuantitativos –el porcentaje de deducción se fijó inicialmente en el 20 por 100 del importe invertido en el IRPF y en el 15 por 100 en el IS– recibieron diversas modificaciones con ocasión de las sucesivas reformas de la normativa reguladora del IRPF y del IS.

Hasta finales de 2014 se recogían ventajas fiscales parecidas en las normas reguladoras del IRPF y del IS, aunque hemos de advertir que tras las notables innovaciones incorporadas por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (disposiciones adicionales primera y segunda) se les había dado una configuración bastante diferente a la originaria. Por extensión, la deducción prevista en la normativa del IS resultaba asimismo de aplicación a los contribuyentes del IRNR que operasen en territorio español mediante un establecimiento permanente[191]. Sin embargo, tras la entrada en vigor el 1 de enero de 2015 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, este beneficio fiscal ha desaparecido por completo tanto del IS como del IRNR.

---

ta y que sean importados o adquiridos por museos y galerías y otros establecimientos autorizados para recibir tales objetos con exención, siempre que se cumplan una serie de requisitos subjetivos, objetivos y formales. Véanse al respecto los artículos 26.Dos y 54 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA). Además, tradicionalmente se aplicaba el tipo de gravamen reducido a las importaciones de objetos de arte, antigüedades y objetos de colección, así como a las adquisiciones intracomunitarias de objetos de arte, pero desde 1 de septiembre de 2012 se les aplica el tipo general del 21 por 100 tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio. Una síntesis reciente del tratamiento de los bienes culturales en el IVA se recoge en el trabajo de J. D. De la Torre Sotoca, *Tributación de la cultura..., op. cit.,* pp. 130-138.

191. Artículo 19.4.a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

11.2. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DEDUCCIÓN

En la esfera del IRPF el artículo 68.5 de la Ley 35/2006 contempla una deducción por actuaciones para la protección y difusión del patrimonio histórico español y de las ciudades, conjuntos y bienes declarados patrimonio mundial de la UNESCO, que se subdivide en varias modalidades. En la primera de ellas, que es la única que aquí nos interesa, se otorga a los sujetos pasivos el derecho a deducir de la cuota íntegra un 15 por 100 de las inversiones o gastos realizados para la adquisición de bienes del patrimonio histórico español, siempre que se cumplan tres requisitos:

1°. Ha de tratarse de bienes adquiridos en el extranjero con la pretensión de introducirlos en territorio español.

2°. Debe procederse a su declaración como bienes de interés cultural o a inclusión en el Inventario General de Bienes Muebles en el plazo de 1 año desde su traslado hacia el territorio español; obsérvese que el *dies a quo* del cómputo de este plazo se fija en el momento de entrada en España, no en la fecha en que se perfeccione la adquisición en otro país. En la versión inicial del artículo 70 de la LPHE solo se mencionaban los bienes inscritos en el Registro de Bienes de Interés Cultural.

3°. Los bienes han de permanecer en territorio español y en el patrimonio del titular durante un período mínimo de 4 años.

La base de la deducción, sobre la que se aplica el precitado porcentaje del 15 por 100, no está constituida por las cantidades invertidas o gastadas, sino por la valoración del bien o bienes efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación prevista en la Ley 16/1985. Esta base tiene como límite máximo el 10 por 100 de la base liquidable del contribuyente que se acoja al beneficio fiscal (artículo 69.1 de la Ley 35/2006).

Aunque no se aclara nada al respecto, debemos entender que la deducción se practicará en la declaración-liquidación del IRPF correspondiente al período impositivo en que el sujeto pasivo haya efectuado la inversión, sin perjuicio de que la adquisición de la condición de bien de interés cultural se produzca en el ejercicio fiscal siguiente. Ello obliga al interesado a tener la diligencia de presentar con cierta celeridad la solicitud de incoación del expediente de declaración.

Por su parte, hasta el ejercicio 2014 el artículo 38.1.a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004 –derogado a partir de 2015 por la mencionada Ley 27/2014–, recogía una deducción idéntica, tanto en sus aspectos cuantitativos –ascendía al 15 por 100 de las inversiones efectuadas– como cualitativos –se exigían requisitos análogos–.

11.3. VALORACIÓN CRÍTICA. LA ESCASA INCIDENCIA PRÁCTICA DE ESTE BENEFICIO FISCAL

La configuración *de lege data* de este beneficio fiscal ha merecido importantes objeciones de la doctrina académica[192], que ha cuestionado esencialmente la restricción básica que implica que hoy en día solo abarque, a diferencia de las previsiones iniciales de la LPHE, a bienes que formando parte del patrimonio histórico español estén localizados en el extranjero y vayan a ser reintroducidos en España[193]. Tal recorte en la delimitación de su ámbito de aplicación comporta que los bienes ya calificados de interés cultural en el momento de ser adquiridos no puedan acogerse a la deducción, dado que dicha calificación presupone que se hallen en España (recordemos que dichos bienes están sujeto a una prohibición absoluta de exportación conforme a la legislación vigente).

También se ha censurado la rígida prohibición de que los bienes salgan del territorio nacional durante los primeros cuatros años, ni siquiera temporalmente para su exhibición en el extranjero; o que los mismos deban permanecer en el patrimonio del adquirente durante igual período, si bien hemos de advertir que esta segunda exigencia es típica y habitual en nuestro sistema tributario respecto de determinados beneficios fiscales vinculados a la adquisición de elementos patrimoniales[194].

---

192. *Vid.*, por todos, J. L. Muñoz del Castillo, «Incentivos en los impuestos estatales al Patrimonio Histórico-Artístico», *Revista de Información Fiscal,* 2001, núm. 46, pp. 38-40; J. L. Muñoz del Castillo, M. Vega Herrero, M. y A. Vaquera García, *Beneficios fiscales al patrimonio..., op. cit.,* pp. 48-51; y J. Pedreira Menéndez, *Beneficios e Incentivos Fiscales..., op. cit.,* pp. 63-65.

193. Hay voces discrepantes como, por ejemplo, la de T. García Luis, «Una visión general de régimen...», *op. cit.,* p. 1.277. A juicio de este autor, la actual regulación es acertada «pues cabe preguntarse cuál era el beneficio que obtenía la colectividad por el hecho de que un bien integrante del PHE (ya sea bien mueble o inmueble) simplemente pasara de manos, de unas manos privadas a otras manos privadas», pero manteniéndose sometido al mismo régimen jurídico. En cambio, este autor estima que tiene pleno sentido la recuperación de bienes que hubieran sido exportados ilegalmente o que sencillamente se encontrasen fueran de nuestro país.

194. Es más, podemos mencionar, entre otros muchos ejemplos, uno relativo justamente al propio patrimonio cultural. Se trata de la reducción del 95 por 100 de la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones correspondiente a la adquisición *mortis causa* por el cónyuge, descendientes o adoptados de la persona fallecida de determinados bienes culturales (bienes del patrimonio histórico español y del patrimonio histórico-cultural de las Comunidades Autónomas, así como objetos de arte y antigüedades, con la condición común de que se hallen exentos del Impuesto sobre el Patrimonio). Con arreglo al artículo 20.2.c), 4º párrafo, de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora de dicho tributo, el adquirente ha de mantener el bien en su patrimonio durante los 10 años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que fallezca a su vez dentro de dicho plazo. El incumplimiento de este requisito temporal de permanencia conllevará una obligación

Por último, se ha criticado que la normativa vigente excluya las categorías especiales de protección de los bienes culturales acuñadas en la legislación de las diferentes Comunidades Autónomas.

Todas esas consideraciones ponen de relieve que la operatividad real de esta deducción ha retrocedido mucho en los últimos años. Y aún lo hará mucho más tras su desaparición de la regulación del IS. A pesar de ello, queremos subrayar que en su diseño normativo es, al menos en un plano teórico, un instrumento de cierta utilidad para incidir en el tráfico internacional de bienes culturales, con el objetivo inequívoco de procurar su reintegro al territorio de nuestro país. Quien proceda a la repatriación de obras de arte o elementos de estas características cuenta con el nada desdeñable incentivo de poder disfrutar de una rebaja de la cuota correspondiente a su imposición personal sobre la renta mediante el descuento de la deducción.

De cualquier modo, podemos adivinar que la incidencia efectiva de estos beneficios fiscales está siendo muy escasa durante los últimos años y, por añadidura, presenta una marcada tendencia a la baja. De hecho, si acudimos a los datos sobre el período 2005-2011 recogidos en las últimas *Memorias de la Administración Tributaria* publicadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas[195], se comprueba enseguida que la información se refiere siempre en términos globales a las deducciones por protección y difusión del patrimonio histórico y cultural previstas en la normativa del IRPF y el IS, que junto al supuesto que hemos examinado (deducción por adquisición de bienes localizados en el extranjero) incluyen otras dos modalidades: una deducción por gastos de conservación, reparación, restauración, difusión y exposición de bienes de interés cultural y otra por la realización de determinadas actuaciones –rehabilitación, mantenimiento y reparación de tejados y mejora de infraestructuras– con relación a edificios ubicados en el entorno de las ciudades, conjuntos arquitectónicos, arqueológicos, naturales o paisajísticos y bienes declarados patrimonio mundial por la UNESCO.

Como puede apreciarse en las tablas nº 5 y 6, ni siquiera aparecen desglosadas las estadísticas (número de declaraciones e importe total y medio deducidos) para estas tres variantes de la deducción, lo que nos impide valorar adecuadamente el grado de implantación del beneficio fiscal que hemos estudiado. Pero resulta bien palpable que la crisis económica ha provocado una drástica caída tanto del número de sujetos pasivos que aplican la deducción como del importe total deducido. Advertimos, además, el desigual comporta-

---

de regularización por parte del sujeto pasivo, pagando la cuota que en su día se dejó de ingresar junto con los correspondientes intereses de demora.

195. Las Memorias anuales pueden consultarse en la Web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, dentro del apartado «Estadísticas» (consulta realizada en mayo de 2015).

miento que tienen estas deducciones en el IRPF y el IS. En el primero de estos impuestos se acogen a ella un mayor número de contribuyentes, pero el importe medio deducido es poco significativo (oscila entre un mínimo de 80 euros en 2007 y un máximo de 127 en 2010). En el IS ha venido sucediendo lo contrario, porque el número de entidades beneficiarias es tremendamente bajo (en los últimos años no llega a la veintena) y, sin embargo, el importe medio aplicado como deducción es mucho más elevado.

Tabla nº 5

Apliación de la deducción por protección y difusión del patrimonio histórico en el IRPF

	2005	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**
Número de declaraciones con deducciones	6.391	6.105	5.405	4.071	3.463	2.404	3.200
Importe de deducciones (millones de euros)	0,7	0,6	0,4	0,33	0,4	0,3	0,4
Importe medio de las deducciones (euros)	114	95	80	82	123	127	112

Fuente: Memorias de la Administración Tributaria, Años 2007 a 2012.

Tabla nº 6

Aplicación de la deducción por protección y difusión del patrimonio histórico en el IS

	2005	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**
Número de declaraciones con deducciones	97	26	21	21	17	19	13
Importe de deducciones (millones de euros)	1,3	0,5	0,2	0,3	0,3	0,1	0,1
Importe medio de las deducciones (euros)	13.216	18.997	10,744	16.213	19.140	6.672	5.079

Fuente: Memorias de la Administración Tributaria, Años 2007 a 2012.

11.4. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

En la exposición precedente ha quedado patente el escaso y menguante éxito que ha tenido durante los últimos años el beneficio fiscal articulado para premiar la reintroducción de bienes culturales en nuestro país, que en parte cabe explicar por el impacto negativo de la crisis económica en el mercado de bienes culturales. Para contrarrestar esta tendencia estimamos que, además de un incremento del porcentaje de deducción (por ejemplo al 20 por 100), sería oportuno introducir dos modificaciones puntuales en las deducción prevista en el normativa del IRPF con el común propósito de flexibilizar los requisitos y condiciones que han

de observar los sujetos pasivos para acogerse a la misma. Como primer ajuste proponemos que se permita la posibilidad de la salida temporal de los bienes durante el plazo mínimo de permanencia en España de 4 años. Como segundo cambio cabría pensar en rebajar de cuatro a dos años el tiempo de permanencia en el patrimonio del adquirente, pues lo realmente importante es que el bien que haya dado derecho a deducción continúe en territorio nacional aunque haya sido transmitido a un tercero.

12. BREVE ALUSIÓN AL PAGO DE DEUDAS TRIBUTARIAS MEDIANTE LA ENTREGA DE BIENES CULTURALES: OTRO POSIBLE INCENTIVO A LA REINTRODUCCIÓN DE BIENES CULTURALES DESDE EL EXTERIOR

En la misma dirección seguida por otros muchos países, la legislación española permite desde hace años el pago de deudas tributarias, devengadas por tributos estatales, autonómicos o locales, a través de la entrega de bienes culturales[196]. De acuerdo con las previsiones de la normativa estatal, la principal condición para que esta alternativa sea admisible por la Administración tributaria es que la transferencia tengo por objeto bienes inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o bienes incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles. No obstante, esta limitación ha sido superada por la legislación sobre patrimonio cultural aprobada por las diferentes Comunidades Autónomas, que ha extendido esta posibilidad de dación en pago a otras categorías de bienes protegidos reguladas en la propia normativa autonómica.

Con el paso de los años se ha ido alargando de forma paulatina el elenco de tributos donde se admite esta dación en pago de pago de deudas tributarias. Durante una primera etapa, el artículo 73 de la LPHE y el artículo 65 del Real Decreto 111/1986 circunscribieron esta modalidad de extinción de la obligación tributaria a cuatro figuras impositivas estatales muy señaladas: IRPF, Impuesto sobre el Patrimonio, IS e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Sin embargo, en la redacción vigente del artículo 73, dada por disposición adicional primera de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se adopta una postura mucho más abierta, aceptándose a partir de 1 de enero de 2002 la dación en pago de estos bienes para toda clase de deuda tributaria:

196. Como estudios más recientes sobre esta modalidad de cumplimiento de las obligaciones tributarias podemos citar los trabajos de L. Peñuelas i Rexach, *El pago de impuestos mediante obras de arte y bienes culturales: la dación de bienes del Patrimonio Histórico Español,* Marcial Pons, Madrid, 2001, J. Pedreira Menéndez, *Beneficios e Incentivos Fiscales..., op. cit.,* pp. 179 y siguientes, T. García Luis, «Una visión general de régimen...», *op. cit.,* pp. 1.282 y siguientes, y C. Almagro Martín, «El pago en especie de la deuda tributaria mediante bienes integrantes del patrimonio histórico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* 2007, núm. 10, pp. 173-202.

> «El pago de las deudas tributarias podrá efectuarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, en los términos y condiciones previstos reglamentariamente».

El deudor tributario que utilice esta forma de pago, persona física residente contribuyente del IRPF, persona jurídica o entidad sujeta al IS o persona o entidad no residente con establecimiento permanente en España gravada por el IRNR, contará con importante ventaja fiscal adicional: la ganancia patrimonial (plusvalía) que se ponga de manifiesto con motivo de la transmisión, quedará exenta de tributar por dichos impuestos[197], tanto si la entrega se hace en pago del propio IRPF, IS o IRNR como de cualquier otro tributo.

La aceptación general de esta variante de pago no impide que siga siendo en los cuatro tributos antes citados donde los obligados tributarios acuden con mayor frecuencia a este tipo de pago *in natura*[198]. Por añadidura, esta situación está en consonancia con la regulación del pago en especie que contiene en la actualidad el artículo 60.3 de la LGT/2003[199]:

> «Podrá admitirse el pago en especie de la deuda tributaria en período voluntario o ejecutivo cuando una Ley lo disponga expresamente y en los términos y condiciones que se prevean reglamentariamente».

Por tanto, poco a poco se ha ido ensanchando el ámbito material de esta forma de pago, que de excepcional ha pasado a convertirse en un medio de extinción de las deudas tributarias, susceptible de ser empleado en cualquier tributo siempre que sea aceptado por la Administración en razón del interés de los bienes cuya entrega se ofrece por el contribuyente. Ello ha provocado las críticas de un sector doctrinal que se muestra reacio a su generalización, alertando del peligro de que la recaudación pueda sufrir una merma importante y de que se generen a medio y largo plazo nuevos gastos públicos para la conservación y exposición de los bienes[200]. En particular, se duda de que una forma de pago originada en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, con el fin de facilitar el cumplimiento por

197. Véase para el IRPF el artículo 33.4.c) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, y para el IS el artículo 19.5 de la Ley 27/2014.
198. La normativa de estos impuestos estatales prevé expresamente el pago mediante la entrega de bienes del Patrimonio Histórico Español: IRPF, artículo 97.3 de la Ley 35/2006 y artículo 62.3 del Reglamento (Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo), IS, artículo 125.2 de Ley 27/2014; Impuesto sobre el Patrimonio, artículo 36.2 de la Ley 19/1991, de 6 de junio; e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, artículo 36.3 Ley 29/1987, de 18 de diciembre, y artículo 80.2 del Reglamento (Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre).
199. Los términos y condiciones a que alude el precepto legal se recogen en el artículo 40 del vigente Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.
200. De manera señalada, J. Pedreira Menéndez, *Beneficios e Incentivos Fiscales..., op. cit.,* pp. 215-221.

parte de personas físicas en caso de herencias integradas mayoritariamente por bienes históricos-culturales, de gran valor pero improductivos y que no proporcionan de manera inmediata liquidez a los causahabientes, pueda ser razonablemente extendida a otros tributos como, por ejemplo, el Impuesto sobre Sociedades.

Sin embargo, las estadísticas sobre el número de pagos en especie realizado en cada ejercicio no parecen confirmar estos temores. Tal y como se observa en la tabla nº 7, elaborada de nuevo con datos anuales extraídos de las *Memorias de la Administración Tributaria,* el uso de este modalidad de pago es extremadamente comedido y la mayoría de las solicitudes son desestimadas, por considerar la autoridad ministerial en materia de cultura que las obras presentadas carecen de interés suficiente para incorporarse a las colecciones del Estado.

Tabla nº 7

Datos estadísticos sobre el pago en especie en la Administración Tributaria del Estado

	2009	**2010**	**2011**	**2012**
Solicitudes de pago en especie recibidas	25	13	16	21
Importe de las solicitudes recibidas (millones de euros)	30,7	26,9	4,4	21,96
Solicitudes de pago en especie resueltas	30	25	15	13
Acuerdos de aceptación de pago en especie	2	5	3	1

Fuente: Memorias de la Administración Tributaria, Años 2007 a 2012.

Con esta sintética alusión a la opción del pago en especie de deudas tributarias hemos pretendido simplemente poner de relieve que la misma puede suponer una vía de captación de bienes culturales localizados en el exterior, que debidamente reintroducidos en España y acogidos a alguna de las categorías especiales de protección contempladas en la normativa vigente pueden ser utilizados por los obligados tributarios para saldar sus deudas con la Hacienda Pública.

Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas

LAURA SAN ROMÁN GUTIÉRREZ
Emprendedora

SUMARIO: ABREVIATURAS. 1. MECANISMOS DE RESTITUCIÓN DE OBRAS DE ARTE ROBADAS. *1.1. Conceptos básicos*. 1.1.1. Restitución. 1.1.2. Repatriación. 1.1.3. Devolución. *1.2. Antecedentes. 1.3. Comparativa entre la Directiva 2014/60/UE y el Convenio de Unidroit de 24 junio 1995: semejanzas y diferencias*. 1.3.1. Introducción. 1.3.2. Concepto de bien cultural. 1.3.3. Ámbito de protección. 1.3.4. Ámbito de aplicación espacial y temporal. 1.3.5. Medidas de actuación. 1.3.6. Demandas de restitución. 1.3.7. Plazos. 1.3.8. Acreditación de la diligencia del comprador. 1.3.9. Gastos relativos a la devolución del bien. 1.3.10. Legislación que rige tras la restitución. 2. LA PROPIEDAD DE LAS OBRAS DE ARTE QUE HAN SIDO OBJETO DE ROBO. *2.1. Competencia judicial internacional*. 2.1.1. Introducción. 2.1.2. Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012. A. El foro exclusivo de los derechos reales sobre bienes inmuebles. a. Tesis de la «lex fori». b. Tesis de la «lex causae» o tesis «Schlosser». c. Tesis de la interpretación autónoma del Reglamento. B. Los foros en materia de derechos reales sobre bienes muebles. a. Sumisión tácita. b. Sumisión expresa. c. Foro del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda. d. Foro del domicilio del demandado. C. Foros para adoptar medidas provisionales y cautelares. 2.1.3. La LOPJ. *2.2. Ley aplicable*. 2.2.1. Introducción. 2.2.2. «Lex rei sitae». A. Exégesis de la regla «Lex rei sitae». a. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de su reivindicación. b. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento del robo. c. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de la adquisición. B. Problemas planteados por la aplicación de la «lex rei sitae». a. Localización fortuita del bien cultural. b. Apreciación de la buena fe. c. La inalienabilidad del bien cultural. d. Usucapión. e. Prescripción extintiva. C. Excepciones a la «lex rei sitae». a. El artículo 29 LPHE. b. El artículo 13 de la Directiva 2014/60 UE. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA. 5. JURISPRUDENCIA.

ABREVIATURAS

Ap.	Apartado
Art.	Artículo
BGH	Bundesgerichtshof
BOE	Boletín Oficial del Estado

CCiv	Código Civil
CE	Constitución española de 27 de diciembre 1978
(CE)	Comisión Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
Colab.	Colaboración
Coord.	Coordinación
Dir.	Dirección
DO	Diario Oficial
FBI	Federal Bureau of Investigation
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
ISSN	International Standard Serial Number
JDI	Journal du droit international
LECiv	Ley 1/2000. De 7 enero, de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, 1 julio, del Poder Judicial
LPHE	Ley 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio Histórico Español
Modif.	Modificación
Núm. / nº	Número
p. / pp.	Página, páginas
R. 1215/2012	Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)
Rect.	Rectificación
Ref.	Referencia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
Vid.	Véase

«Radix omnium malorum avaritia»
San Pablo, Primera epístola a Timoteo 6:10

Los bienes culturales, por su valor intrínseco y circunstancial, han sido, son y serán extremadamente codiciados. Este hecho genera a lo largo de la historia un insistente interés por su tenencia, que ha desembocado en la violación de múltiples normas.

El arte siempre ha sido objeto de robos y saqueos. Ya en Egipto existía un tráfico de objetos robados provenientes de las tumbas de los faraones. Esta situación se prolongará a lo largo de los Imperios Griego y Romano, la Edad Media, el Renacimiento y épocas posteriores[1].

1. Fuentes Camacho, V.: «El tráfico ilícito internacional de bienes culturales», en *Monografías, Colección de Estudios Internacionales I,* Madrid 1993, p. 25.

La sustracción puede desarrollarse en distintos escenarios que a continuación se presentarán. Durante las guerras se roba arte a gran escala (*robo durante conflicto armado):* museos, palacios, edificios públicos, colecciones particulares padecen el saqueo. Paradigmas de estas situaciones son el expolio nazi durante la II Guerra Mundial, los bombardeos deliberados del patrimonio cultural de la antigua Yugoslavia y la destrucción de los bienes arqueológicos y culturales de Irak durante las dos guerras del Golfo. En la actualidad, el conflicto sirio es un claro ejemplo de catástrofe patrimonial: la destrucción y el saqueo sistemático depauperan su preciado legado milenario.

Otra variante es el *robo arqueológico,* que sufren países con importantes restos de antiguas civilizaciones: Egipto, México, Guatemala...

El patrimonio subacuático también es objeto del pillaje; un ejemplo reciente es el famoso caso del tesoro de la fragata española «Nuestra Señora de las Mercedes».

Todo esto facilita la existencia de un enorme mercado negro[2].

En ámbito económico, el tráfico ilícito de bienes culturales está catalogado por la INTERPOL como el tercer problema mundial después del tráfico de drogas y de armas, convirtiéndose así en una amenaza multidimensional para la seguridad de las naciones[3].

De esta lacra no se libra ningún país. En la actualidad, según la Vanguardia, y citando un artículo del Excélsior de 10 de julio de 2011: «El crimen organizado obtiene ganancias anuales por más de seis mil millones de dólares por el robo de arte»[4].

Algunos de los robos con más repercusión, en los siglos XX y XXI, han sido: El *Políptico de la Adoración del Cordero Místico,* también conocido como la obra más robada de la historia; el beso de Klimt, del que se apoderaron los nazis tras la Segunda Guerra Mundial; el robo de algunas reliquias egipcias del Museo Británico de Londres; el robo de la Mona Lisa –un visitante del Louvre se llevó el cuadro delante de cientos de personas–; la desaparición de doscientas piezas de joyería, valoradas en tres millones y medio de euros, en el Hermitage; el robo artístico de mayor gravedad en la historia de los EEUU, en el museo de Isabella

2. Pons Asinorum. Blog [en línea]: *El robo de obras de arte.* Ref. 26 de enero de 2009. Disponible en Web: *http://www.asinorum.com/el-robo-de-obras-de-arte/880/.*
3. UNESCO, Media Services. Unescopress [en línea]: *40 years of fighting the illicit trafficking of cultural goods.* Ref. de 10 de marzo de 2011. Disponible en Web: *http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-iew/news/40_years_of_fighting_the_illicit_trafficking_of_cultural_goods/#.VAnsWsJ_t6c.*
4. Ruiz Fernández, D.: «Ladrones de Arte», *Revista Suite101,* ap. Seguridad de Estado [en línea]. Ref. de 12 de julio de 2011. Disponible en Web: *http://david-ruiz-fernandez.suite101.net/ladrones-de-arte-a60086.*

Stewart Gardner, de trece obras de arte con un valor estimado en 300 millones de dólares[5].

España tampoco se libra de estos depredadores: 387 piezas arqueológicas fueron robadas en Caravaca de la Cruz (Murcia), y, a finales de Junio del 2011, en la Catedral de Santiago de Compostela desapareció de una cámara blindada el Códice Calixtino, una obra del siglo XII de valor incalculable, una pieza única del patrimonio español, que, tras un año en paradero desconocido, fue encontrada en un garaje de Milladoiro. Si la reliquia no se hubiera hallado y hubiera aparecido dentro de cuarenta años en una revista de arte como patrimonio personal de un inglés, ¿podría España reclamar su propiedad?, ¿quién se hallaría protegido, el tercero de buena fe o el propietario original?, ¿qué mecanismos existen para la reclamación del bien?, ¿qué tribunales se encargarían de dilucidar la cuestión?, ¿qué Ley deberíamos aplicar para la resolución del supuesto?

Las anteriores cuestiones serán tratadas a lo largo del presente estudio, que examinará los distintos problemas que el robo de una obra de arte desencadena en la propiedad de un sujeto cuando el bien ha sido adquirido por un tercero de buena fe.

Por lo general, la obra de arte robada, a modo de «bella durmiente», descansa oculta en el mercado; con el paso de los años los vínculos con el propietario original irán desvaneciéndose. La obra aparecerá, tiempo después, en manos de un particular que, sin sospechar su procedencia ilícita, se decidió a adquirirla. En este momento, la contienda se desencadena, ambos litigarán por la propiedad de la obra.

El presente estudio tiene por objeto examinar los elementos emergentes de dicha confrontación de intereses surgidos en torno a la propiedad del bien cultural robado, por lo que omitiremos las referencias a los supuestos en que el propietario del bien propicia su exportación ilegal, salvo que se trate de bienes robados.

El análisis se iniciará con la comparación de los distintos mecanismos de restitución y devolución automática de bienes culturales; la *Directiva 2014/60 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 (refundición)*[6] (en adelante, Directiva

5. – DOCUMANIATV. *Los grandes robos de arte: La Mona Lisa*. Ap. Arte y cine. Documentales [en línea]. Disponible en Web: *http://www.documaniatv.com/arte-y-cine/los-grandes-robos-de-arte-la-mona-lisa-video_32faca969.html.*
– FBI. *FBI Top Ten Art Crimes*. Ap. Art theft [en línea]. Disponible en Web: *http://www.fbi.gov/about-us/investigate/vc_majorthefts/arttheft/isabella.*

6. Este año ha entrado en vigor la *Directiva 2014/60 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 (refundición);* DO serie L, núm. 159, de 28.5.2014, p. 1. Por tanto, queda derogada, con efecto a partir del 19 de diciembre de 2015, la *Directiva 93/7 CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro;* DO serie

2014/60 UE); y el *Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente,* gestado en *Roma el 24 de junio de 1995* (en adelante, Convenio de Unidroit)[7,8].

Los textos mencionados no determinan el propietario legítimo, sino que actúan en una fase previa. Establecen un compromiso entre los Estados vinculados por dichos instrumentos, que garantiza el retorno del bien al Estado del que procede sin prejuzgar la propiedad del mismo. La discusión sobre su propiedad únicamente tendrá lugar cuando el bien vuelva a encontrarse en el Estado del que salió ilícitamente[9].

El segundo capítulo se desarrollará, ahora sí, en torno a la propiedad de la obra de arte.

En primer lugar, se esclarecerá el sistema de competencia judicial internacional aplicable en estos casos en función de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*[10] y del *Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)*[11] (en adelante, *R. 1215/2012);* en éste

---

L, núm. 74, de 27.3.1993, p. 74 (en adelante, Directiva 93/7 CEE); modificada de forma sustancial por la *Directiva 96/100 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de febrero de 1997;* DO serie L, núm. 60, de 1.3.1997, p. 59; y por la *Directiva 2001/38 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2001;* DO serie L, núm. 187, de 10.7.2001, p. 43.
Los informes relativos a la aplicación de *la Directiva 93/7 CEE* han puesto de manifiesto su infrecuente uso, que obedece, en particular, al carácter limitado de su ámbito de aplicación debido a las condiciones establecidas en su anexo, a la brevedad del plazo en el que pueden presentarse demandas de restitución y a los costes relacionados con estas. La nueva disposición normativa, la *Directiva 2014/60 UE,* corrige los anteriores desaciertos; dichas modificaciones deberán incorporarse por los Estados miembro a sus ordenamientos jurídicos antes del 18 de diciembre del 2015.
Por los motivos expuestos en los párrafos precedentes, el presente trabajo estudia la aplicación de la *Directiva 2014/60 UE*. No obstante, el paralelismo con la *Directiva 93/7 CEE* se ofrecerá en las correspondientes notas explicativas.

7. Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilegalmente, de 24 de Junio de 1995. Roma.
8. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 34.
9. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 35.
10. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; *BOE* núm. 157 de 2.7.1985; ref. BOE-A-1985-12666. Última modificación: Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, ref. BOE-A-2014-7368, y Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, ref. BOE-A-2014-2709.
11. Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición); DO serie L, núm. 351, de 20.12.2012.

último mecanismo, el legislador introduce un foro especial por razón de materia para los bienes culturales definidos como tal en la *Directiva 93/7 CEE*[12].

En segundo lugar, se despejará la cuestión de Ley aplicable, que, a falta de una normativa específica, germinará en torno a la *lex rei sitae*. Recurso que, en ciertas ocasiones, desembocará en inadecuadas consecuencias, provocando la entrada en escena de otras soluciones.

El ensayo concluirá con la exposición de las dos alternativas principales a la *lex rei sitae,* la del *artículo 29* de la *Ley 16/1985, de 25 junio, de Patrimonio Histórico Español*[13], y la que contempla la *Directiva 2014/60 UE*[14] en su *artículo 13*.

1. MECANISMOS DE RESTITUCIÓN DE OBRAS DE ARTE ROBADAS

1.1. CONCEPTOS BÁSICOS

«Los instrumentos gestores de la lucha contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales suelen emplear uno de estos tres conceptos básicos: restitución, repatriación y devolución»[15]. Las diferencias entre estos tres términos parecen nimias; por eso, gran parte de los autores los aúna y diluye en un mismo concepto. Sin embargo, cada término posee un ámbito específico de aplicación que discrimina dichos vocablos.

1.1.1. Restitución

La defensa de la restitución emana del quebrantamiento de las leyes que prohíben el robo y el pillaje, violaciones universalmente reconocidas.

El concepto ha experimentado una evolución: en su origen se estableció como forma de liquidar los efectos del saqueo de obras de arte en tiempos de guerra,

12. En el mes de diciembre de 2015 la *Directiva 93/7 CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un estado miembro,* quedará derogada y sustituida por la *Directiva 2014/60 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 (refundición).*
13. Ley 16/1985, de 25 junio, de Patrimonio Histórico Español; BOE núm. 155 de 29.6.1985; ref. BOE-A-1985-12534. Última modificación: Ley 17/2012, de 27 de diciembre, ref. BOE-A-2012-15651.
14. Directiva 2014/60 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 (refundición); *DO* serie L, núm. 159, de 28.5.2014, p. 1.
15. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 94.

fundamentalmente durante la Segunda Guerra Mundial, *robo cualificado;* mientras que, en la actualidad, la noción se enriquece al emplearse, además, como mecanismo de lucha contra el robo de bienes culturales en tiempo de paz, *robo ordinario*[16].

En relación al robo cualificado, las acciones de restitución de bienes culturales tratan de restablecer el *statu quo* previo a las hostilidades. Se intenta volver a la situación existente antes de que, en medio de un conflicto armado, se procediera al saqueo de los bienes culturales de los territorios ocupados[17]. Para conseguirlo, en primer lugar, se trata de recuperar los bienes identificados como objeto de pillaje o robo. En caso de que tales bienes hayan sido destruidos o no se consiga averiguar el paradero de los mismos, se acude a la restitución en especie[18].

Las reclamaciones para la recuperación de los bienes culturales tropiezan con una dificultad casi insalvable: el tiempo transcurrido hasta que los propietarios originarios o sus herederos obtienen la información necesaria para su reclamación[19]. Esto conlleva que las expectativas del propietario originario puedan verse frustradas por haber transcurrido el plazo previsto para la prescripción extintiva o, en caso de que el bien se encuentre en posesión de un tercero, por haber adquirido este la propiedad del bien cultural por usucapión[20].

Un caso reciente de restitución es el de los 4.300 afiches –colección de miles de pósteres poco comunes y artesanales confiscados por los nazis hace 70 años–, que el Museo Histórico Alemán en Berlín debe entregar al hijo del propietario original. Durante un tiempo, la colección se creyó perdida, hasta que los pósteres comenzaron a aparecer en Alemania del Este, y algunos terminaron en la colección del museo tras la reunificación de 1990. Tras años de contienda, la corte germana, a 16 de Marzo de 2012, acordó la restitución de los afiches[21].

El caso *Winkworth v. Christie, Manson* & *Woods Ltd.*[22], relativo al robo de unas figuras japonesas en el Reino Unido, que fueron adquiridas en Italia por un ter-

---

16. *Ibidem.*
Kowalski, W. W.: *Claims for Works of Art and Their Legal Nature,* The permanent Court of Arbitration, *Resolution of cultural Property disputes,* mayo 23, 2003, p. 41.
17. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 95.
18. *Ibidem.*
19. *Ibidem.*
20. *Ibidem*, p. 104.
21. – TERRA NOTICIAS, ap. Gente y cultura [en línea]: *Corte ordena devolución de afiches robados por nazis.* Ref. de 16 de marzo de 2012. Disponible en web: *http://noticias.terra.es/2012/gente-y-cultura/0316/actulidad/corte-ordena-devolución-de-afiches-robados-por-nazis.aspx.*
– Baghdjan, A.: «Corte ordena devolución de afiches robados por nazis», en *Reuters América Latina* [en línea], disponible en web: *http://lta.reuters.com/article/ entertainmentNews/idLTASIE82F0FG20120316.*
22. Chancery Division 5 de noviembre de 1979, *Winkworth v. Christie, Manson* & *Woods Ltd.,* en *JDI (Clunet),* 1988, núm. 1, pp. 838-839.

cero que desconocía su procedencia ilícita[23], es un claro ejemplo de restitución de arte robado en tiempo de paz.

1.1.2. Repatriación

Repatriación y restitución se refieren a la devolución de bienes culturales robados[24]; no obstante, la repatriación como concepto legal adquiere un uso completamente distinto al de restitución.

Este segundo concepto consiste en preservar el patrimonio artístico, histórico y arqueológico de la nación. Tiene su origen en el siglo XIX y es una acotación del término restitución. Se considera que la repatriación puede estar referida a las reclamaciones para que un bien regrese al que se considera su país de origen, o bien al grupo étnico (pueblos indígenas, generalmente) al que antes pertenecía[25].

En el primer caso, con la repatriación se pretende proteger el patrimonio de la nación afectada por cesiones territoriales o por su disgregación en diferentes estados (en el caso de las entidades plurinacionales). Estas modificaciones territoriales han venido acompañadas del cambio de ubicación de bienes culturales que ya no se encuentran en la que era su localización de origen. El criterio que permite determinar qué bienes culturales deben ser objeto de repatriación es el vínculo de aquellos con un territorio. Este concepto se aplicaría, por ejemplo, a los nuevos países surgidos del desmembramiento de la antigua URSS, así como a los países que constituían la antigua Yugoslavia[26].

Frente a los que consideran que la repatriación es, como su propio nombre indica, una «vuelta a la patria», otro sector doctrinal mantiene que también puede aplicarse a posibles reclamaciones existentes en un ámbito subestatal.

Un ejemplo de repatriación se halla en el caso de *Autocephalous Greek-Orthodox Church v. Goldberg*[27]. El mosaico de la época de Justiniano fue arrancado de una iglesia del siglo V en Kanakaria. El suceso se reveló a la opinión pública cuando Goldberg, que compró el mosaico a un comerciante turco, intentó vender la obra a una casa de subastas de Ginebra. Finalmente, el juez americano Cudahy decretó el retorno del mosaico a Chipre, en base a la relevancia de la obra, por representar

23. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 96.
24. Kowalski, W. W.: *Claims for Works of Art and Their Legal Nature,* The permanent Court of Arbitration, *Resolution of cultural Property disputes. Papers emanating from the seventh PCA International Law Seminar* May 23, 2003. La Haya, 2004, p. 43.
25. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 96.
26. *Ibidem.*
27. *Autocephalous Greek-Orthodox Church v. Goldberg* & *Feldman Fine Arts Inc.,* 717 F. Supp. 1374 (SD Ind. 1989), aff. 917 F. 2d 278 (7th Cir. 1990).

a un período artístico temprano. La opinión del juez supone un fuerte apoyo al derecho de retorno que el país de origen ostenta por ser una pieza única y representativa de dicho territorio[28].

1.1.3. Devolución

El término devolución también surge de una limitación del concepto de restitución. A medida que el término restitución ha sido dotado de un carácter restrictivo, ha ido cobrando protagonismo, sobre todo en los documentos de la UNESCO, el concepto de devolución. En la actualidad, el término devolución es empleado por la UNESCO en dos supuestos: para los bienes culturales que han abandonado su localización original durante la época colonial y para los casos de exportación ilegal, entendida como el traslado de bienes culturales que se efectúa en contra de las normas nacionales de exportación[29].

En conclusión, los tres términos incluyen un propósito de retorno del bien cultural a su enclave original; la diferencia radica en la causa por la que el bien ha sido objeto de traslado. En caso de conflicto bélico o de robo, cabe hablar de restitución; en el de bienes afectados por cesiones territoriales o desmembramientos de Estados multinacionales, de repatriación; y, por último, para exportaciones ilegales y bienes procedentes de las colonias, de devolución[30].

1.2. ANTECEDENTES

Aunque hasta siglos tardíos no se hable de una obligación específica de restitución de obras de arte, con anterioridad se pueden encontrar ciertos vestigios.

Gracias a la mentalidad renacentista, la obra de arte empezó a ser apreciada por sí misma; pasó a formar parte de la categoría de los bienes que, junto con los objetos religiosos y las obras literarias, se excluyeron del *ius predae*[31].

Las evocaciones continuaron a lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX. A partir del Congreso de Viena de 1815, tras las campañas napoleónicas, pueden entreverse los orígenes de tres normas consuetudinarias: la primera de ellas prohíbe la confiscación de obras de arte como botín de guerra, la segunda establece la obligación de restituir los bienes muebles culturales robados durante

28. Hoffman, B. T. (Ed.), *Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*. Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 92, 93.
29. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 97.
30. *Ibidem*, p. 99.
31. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 22.

el conflicto armado, y la última consagra la obligación específica de restituir los archivos[32].

Durante la primera mitad del siglo XX, la atmósfera bélica de las dos guerras mundiales suscitó la idea de una necesaria protección de los bienes culturales. Numerosas convenciones, reglamentos y normas estatales fueron sucediéndose con la intención de fraguar una sólida regulación que preservara de manera consistente los bienes culturales.

En dicho bosquejo normativo se pueden distinguir tres niveles generales: la protección material –referida, fundamentalmente, a su no destrucción–; la prohibición de sustraer el bien cultural del territorio de origen durante el conflicto bélico; y la restitución del bien cultural una vez que aquel ha finalizado[33].

En este siglo, la legislación en materia de protección de bienes culturales viene marcada por los siguientes pilares fundamentales[34]:

a) La *Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre,* hecha en La Haya el 29 de julio de 1899; y la *Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre,* realizada en la Haya el 18 de octubre de 1907.

b) Los tratados de paz que ponen fin, respectivamente, a la Primera y la Segunda Guerra Mundial.

c) La *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado,* firmada en la Haya el 14 de mayo de 1954.

d) La *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales,* hecha en París el 14 de noviembre de 1970.

e) Los denominados mecanismos automáticos de restitución, previstos por el *Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente,* hecho en Roma el 24 de junio de 1995; y la *Directiva 93/7 CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro,* sustituida recientemente por la *Directiva 2014/60 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 (refundición).*

---

32. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, pp. 22, 23.
33. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 23.
34. *Ibidem*, pp. 23, 24.

1.3. COMPARATIVA ENTRE LA DIRECTIVA 2014/60/UE Y EL CONVENIO DE UNIDROIT DE 24 JUNIO 1995: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

1.3.1. Introducción

Antes de que los mecanismos tratados entraran en juego y resultaran vinculantes, el sistema establecido entre los Estados parte era el de reclamación de la propiedad ante los tribunales, procedimiento explicado y detallado a lo largo del Capítulo II.

Se acudía directamente a esta práctica, que se desarrolla con una extremada y delicada lentitud, lo que beneficia a los responsables del robo. El litigio puede tardar años en resolverse; mientras, el bien permanece bajo la custodia de los adquirentes de la obra robada el tiempo que el proceso dure.

El inconveniente planteado con anterioridad promueve el desarrollo de estos dos mecanismos de restitución automática, que actúan en una fase previa. No se pronuncian sobre la cuestión de propiedad; simplemente, los tribunales deciden sobre si procede o no, el retorno del bien a su lugar de origen. Una vez ahí, el adquirente podrá reclamar su propiedad; por lo que se accionará el sistema de atribución de competencias, de Ley aplicable, etc. Con ello se consigue que el número de robos y litigios desciendan. Gran parte de las sustracciones se perpetraban a tenor de la inhibición generada por el limbo legislativo, circunstancia que a los sujetos causantes de la situación les servía para lucrarse. Al cabo de los años, un tribunal sentenciaba la devolución a su propietario original, desposeído de su propiedad y de los rendimientos de la misma durante todo ese lapso de tiempo.

La contrariedad de los mecanismos de restitución reside en su preludio. Para su entrada en vigor necesitan ser ratificados por los diferentes Estados. Resulta evidente que la firma de un acuerdo de estas características va total y absolutamente en contra de los intereses de los Estados importadores de arte; por lo que, en estos casos, los mecanismos de restitución no entran en juego. La vía que se ha de seguir es la desarrollada en el Capítulo II del presente estudio.

La *Directiva 2014/60 UE*[35] forma parte del derecho comunitario; por lo que, solo será de aplicación en los estados europeos.

35. *Directiva 2014/60 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 (refundición);* DO serie L, núm. 159, de 28.5.2014, p. 1. Aunque se halla en vigor, los Estados miembro tendrán hasta el 18 de diciembre de 2015 para incorporar las novedades de la *Directiva* a sus respectivos ordenamientos, estas son: el artículo 2, punto 1; el artículo 5, párrafo primero, punto 3; el artículo 5, párrafo segundo; el artículo 7, párrafo tercero; el artículo 8, apartado 1, párrafos primero y segundo; el artículo 10 y el artículo 17, apartado 1.

El *Convenio de Unidroit*[36] es derecho convencional; por ello, se requiere para su aplicación la firma o adhesión del país al tratado. Incluso, con la firma del *Convenio,* podrá adherirse en diferente grado.

Ambas normativas se asemejan en su finalidad e intereses, que tienen como objetivo proteger la legalidad internacional en el tránsito de bienes culturales[37]; por lo que su análisis comparativo será de gran utilidad.

1.3.2. Concepto de bien cultural

El concepto de bien cultural es mutable. No existe una definición unitaria. Esta se halla condicionada por el instrumento normativo que la regula.

De los distintos textos elaborados por la UNESCO pueden extraerse unas ideas generales, que se ordenan en la siguiente estructura: *patrimonio material* (monumentos o sitios) y *patrimonio inmaterial o intangible,* presente en la cultura, lengua, tradiciones etc.[38]. Aunque pueda hablarse de un patrimonio cultural de la Humanidad, cada Estado posee una idea determinada que se reflejará en su cuerpo normativo.

La herencia cultural material se halla formada por diversos bienes culturales, cuya protección, a título propio, deberá confirmarse acudiendo al texto legal. No obstante, el ámbito de aplicación de la *Directiva 2014/60 UE* y del *Convenio Unidroit del 24 de junio de 1995* se limita a ciertos bienes culturales.

En la *Directiva* no se define expresamente lo que es un bien cultural; y considera como tal lo que cada Estado clasifique como patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional, de acuerdo con su propia legislación[39].

La derogación de la *Directiva 93/7 CEE* no elimina la obligación de los Estados miembro de transponer a su Derecho interno las directivas: 93/7 CEE; 96/100 CEE y 2001/38 CE [artículo 20, *Directiva 2014/60 UE*].

36. *Convenio de Unidroit* sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Roma, 24 de junio de 1995.
37. Gómez Vílchez, M. S.: *Tráfico ilícito de Bienes Culturales. Evolución histórica, situación actual y medidas de protección*. Disponible en Web: *http//mediamusea.com/.* p. 23.
38. Urueña Álvarez, R.: «La protección del Patrimonio Cultural en tiempos de Guerra y Paz», en *Cuadernos de Estudios Empresariales 2004,* núm. 14 245-260. ISSN: 1131-6985; p. 245.
39. – Gómez Vílchez, M. S.: *Tráfico ilícito de Bienes Culturales. Evolución histórica, situación actual y medidas de protección*. Disponible en Web: *http//mediamusea.com/.* p. 23.
– En virtud de la *Directiva 2014/60 UE,* los bienes culturales clasificados o definidos como patrimonio nacional ya no necesitan pertenecer a ninguna categoría, no deben ajustarse a umbrales relacionados con su antigüedad ni con su valor financiero para cumplir los requisitos de restitución.
Su ámbito de aplicación debe extenderse a todo bien cultural definido como tal por un Estado miembro; debe abarcar los bienes que poseen un interés o valor histórico, paleontológico, etnográfico, numismático o científico.

En cambio, el *Convenio Unidroit* ofrece una descripción general. Entiende que son bienes culturales aquellos que, por razones religiosas o profanas, revistan una importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia. Sin embargo, para que los bienes resulten protegidos, deben hallarse clasificados en su anexo, que recoge las obras en amplias y diversas categorías de bienes culturales; lo cual genera la necesidad de distintos tipos de protección. Influirán factores como la movilidad o inmovilidad de los bienes, la antigüedad o la procedencia del mismo.

La antigüedad se exige únicamente en algunos casos: precisan una vetustez de cien años las inscripciones, las monedas, los sellos grabados o los muebles. En la mayoría de obras, el tratado no especifica el número de años que deben haber alcanzado para su protección; por lo que se observará la importancia de la obra.

Tanto el *Convenio,* como la *Directiva*[40], protegen las obras de autores vivos; sin embargo, el primero elabora una excepción: excluye de su tutelaje los bienes exportados ilegalmente en vida del autor o durante los cincuenta años siguientes a su fallecimiento.

Unidroit arrastra los mismos problemas que la antigua *Directiva 97/3 CEE*[41] en lo que respecta al empleo de categorías tasadas[42]: una legislación particularista, que deja desprotegidos a muchos tipos de bienes culturales[43].

1.3.3. Ámbito de protección

En el tráfico ilícito internacional de bienes culturales se pueden observar tres modalidades básicas: *exportación ilegal, simple robo, y robo arqueológico*[44].

a) La *exportación ilegal* supone una vulneración en las normas de exportación del Estado en el momento de la salida del bien de su territorio.

---

40. Modificación introducida por la nueva *Directiva 2014/60 UE;* la *Directiva 93/7 CEE* no salvaguardaba las obras de autores vivos.
41. La protección, que la *Directiva 93/7 CEE* otorga, está supeditada a la clasificación de su anexo, conformado por diversas categorías de bienes culturales; a excepción de los bienes inventariados por una institución eclesiástica o pertenecientes a una colección publica que figure en el inventario de museos, archivos o fondos de conservación de bibliotecas; por lo que tiene un ámbito de protección más reducido que las legislaciones nacionales. La custodia del bien se ofrece a tenor de factores como la movilidad o inmovilidad de los bienes, la antigüedad, el valor económico o la procedencia del mismo.
    En general, puede afirmarse que la *Directiva 93/7 CEE* contiene un desarrollo más definido de los bienes protegidos que *Unidroit*.
42. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 136.
43. *Ibidem*, p. 64.
44. *Ibidem*, p. 69.

b) Cuando el propietario originario de un bien cultural es víctima de una sustracción, se produce el *simple robo*[45].

c) El *robo arqueológico* se origina en los países con una normativa específica para los bienes culturales procedentes de excavaciones ilegales[46], pues estas normas reconocen al Estado como único propietario.

La naturaleza convencional de *Unidroit* acota su aplicación a los Estados firmantes del mismo; por lo tanto, podrá formar parte cualquier Estado que lo pretenda. Atiende únicamente las solicitudes de restitución o devolución de carácter internacional. Será el derecho del país donde se solicita la restitución o devolución del bien cultural el que defina la internacionalidad de la reclamación[47].

La *Directiva* protege los bienes exportados ilegalmente, es decir, los bienes que hayan salido de su territorio quebrantando las disposiciones nacionales o comunitarias de exportación o los que no hayan sido devueltos. Los bienes robados, por lo tanto, no se hallan amparados de forma directa; su protección se admitirá, únicamente, si han sido objeto de exportación ilegal.

Sin embargo, *Unidroit* custodia, por un lado, los bienes culturales objeto de robo y, por otro, los bienes culturales desplazados del territorio del Estado contratante por infracción de sus normas de exportación. La devolución, en este segundo caso, no será obligatoria.

Las dos normas establecen una acción automática de restitución. Empero, la normativa convencional establece que la devolución de un bien ilegalmente exportado no será preceptiva.

Para determinar qué se considera exportación ilegal, tanto la *Directiva* como el *Convenio* remiten a la legislación que en cada Estado miembro protege los bienes culturales. En el caso de España, dicha potestad será ejercida por *la Ley 16/1985, de 25 junio, de Patrimonio Histórico Español*[48] (en adelante, LPHE).

En cuanto al concepto de robo, deberá ser aplicado en sentido amplio. Se optó por aplicar el *Convenio* solo a los casos castigados por todos los ordenamientos, excluyendo los que no son contemplados de manera uniforme en las legislaciones nacionales[49]. Sin embargo, el concepto de robo arqueológico se encuadra en el texto convencional a través de una norma conflicto, por lo que

45. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 70.
46. *Ibidem*, pp. 70, 71.
47. Calvo Caravaca, A. L.: *Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales robados o exportados,* 10 de junio de 2004, pp. 655, 656.
48. *BOE* núm. 155 de 29.6.1985; ref. BOE-A-1985-12534. Última modificación: *Ley 17/2012, de 27 de diciembre,* ref. BOE-A-2012-15651.
49. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 144.

la legislación del país donde se halle la excavación determinará si el robo se ha producido o no.

1.3.4. Ámbito de aplicación espacial y temporal

Como se expuso con anterioridad, la naturaleza comunitaria o convencional determina el ámbito de aplicación de ambas normas.

La *Directiva* custodia los bienes que han salido ilegalmente del territorio de algún Estado miembro. Se aplica en todos los Estados parte de la *Comunidad Europea,* de la *Asociación Europea de Libre Comercio* y del *Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.*

Ambos textos se aplicarán de manera general; sin embargo, el *Convenio* prevé la posibilidad de ser empleado subsidiariamente, pues tendrán preferencia los convenios bilaterales entre Estados parte y la normativa más favorable para la eficaz restitución o devolución.

Las normas serán de aplicación en la totalidad del territorio de los distintos Estados miembro. Empero, si el estado se dividiera en unidades territoriales, el *Convenio* podrá aplicarse a todas o únicamente a una o varias de ellas.

Tanto la *Directiva*[50] como *Unidroit* son aplicables desde su entrada en vigor, ninguno de los dos tiene carácter retroactivo. No obstante, la *Directiva* prevé la posibilidad de que los Estados parte contemplen las solicitudes de restitución anteriores al 1 de enero de 1993 de otros Estados miembros.

1.3.5. Medidas de actuación

Ambos cuerpos normativos simplifican las demandas de restitución y devolución de los bienes estableciendo unos mecanismos generales, unos órganos encargados, una cooperación entre Estados, etc.[51]. En síntesis, un sistema de sencilla aplicación y gran eficacia.

Como *Unidroit,* la *Directiva* opera en una fase previa. Los Estados miembro se comprometen, cuando los requisitos se cumplan, a ordenar el retorno del bien al país de origen. Se evita así que las diferentes regulaciones sobre la adquisición de la propiedad, que los sistemas jurídicos contemplan, puedan ser utilizadas como pretexto para prolongar la localización del bien en el Estado miembro al que ha sido trasladado mientras dura el proceso y la cuestión se solventa[52]. El

50. Si bien, serán aplicables a partir del 19 de diciembre de 2015: el artículo 2, puntos 2 a 8; los artículos 3 y 4; el artículo 5, párrafo primero, puntos 1, 2 y 4 a 6; el artículo 6; el artículo 7; párrafos primero y segundo; el artículo 8, apartado 2; el artículo 9; el artículo 10, párrafos tercero y cuarto; y los artículos 11 a 16.
51. Gómez Vílchez, M. S.: *Tráfico ilícito de Bienes Culturales. Evolución histórica, situación actual y medidas de protección*. Disponible en Web: *http//mediamusea.com/*. p. 23.
52. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, pp. 99, 168.

éxito del retorno depende en gran medida de una adecuada colaboración entre los Estados miembro.

Para garantizar la restitución del bien cultural, la *Directiva* acude a la figura de las denominadas autoridades centrales, que se encargan de canalizar la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados parte mediante la utilización del Sistema de Información del Mercado Interior (*IMI),* establecido por el *Reglamento (UE) nº 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo*[53]. Para incrementar su eficacia, la nueva *Directiva* expone el deber de establecer un módulo del sistema *IMI* específicamente diseñado para los bienes culturales. No obstante, la *Directiva* no prohíbe la utilización de otros medios de comunicación[54].

A sensu contrario, en *Unidroit* no se menciona expresamente ninguna figura protagonista en la fase de cooperación administrativa.

El *Convenio* reconoce dos regímenes jurídicos diferenciados: restitución de los bienes culturales robados y devolución de los bienes ilícitamente exportados. La norma comunitaria acoge un solo régimen jurídico, señala que los bienes que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro han de ser restituidos –el término utilizado es erróneo; pues, como se expuso en páginas anteriores, cuando los bienes han sido exportados ilegalmente hablaremos de devolución; el término restitución se reserva para los casos de simple robo o robo cualificado–.

Los dos textos contemplan la posibilidad de acudir al arbitraje para solventar el conflicto.

El *Convenio* permite ejercitar la acción de restitución o devolución ante tribunales o autoridades de Estados contratantes distintos de aquel en que se encuentra el bien cultural[55]. Por ello es posible la adopción de medidas provisionales o cautelares, en base al interés del solicitante y de la protección del bien[56]. En cambio, la *Directiva* no contempla expresamente este tipo de medidas, pues la demanda debe plantearse en el Estado donde se encuentra el bien cultural. Sí reconoce

53. Reglamento (UE) nº 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49 CE de la Comisión (*Reglamento IMI); DO* serie L 316, de 14.11.2012, p. 1.

54. – Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 100.
– Las tareas del Comité establecido por el *Reglamento (CE) nº 116/2009* ya no tienen objeto, debido a la supresión del anexo de la *Directiva 93/7/CEE*. No obstante, la Comisión debe crear un grupo de expertos, compuesto por miembros de las autoridades centrales responsables de la aplicación de la presente *Directiva,* que deben participar, por ejemplo, en el proceso de diseñar específicamente un módulo del sistema IMI para los bienes culturales.

55. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 187.

56. *Ibidem*.

a las autoridades centrales la potestad de establecer las medidas precautorias que sean necesarias para evitar que se eluda el procedimiento de restitución[57].

1.3.6. Demandas de restitución

Se ha visto que ambas normas establecen una obligación de restitución o devolución automática de bienes culturales. Empero, en el *Convenio,* que contempla los dos regímenes jurídicos, la devolución es optativa en los casos de exportación ilegal. Para que el retorno del bien sea forzoso, se ha de demostrar que la exportación ha producido un daño significativo a alguno de los siguientes intereses: la conservación material del bien o de su contexto, la integridad de un bien complejo, la conservación de la información de carácter científico o histórico relativa al bien y la utilización tradicional o ritual del bien por una comunidad autóctona o tribal.

Para que la restitución del bien cultural proceda, el solicitante únicamente ha de acreditar que aquel ha sido robado, circunstancia que será valorada por el tribunal competente[58]. En cambio, en el caso de la exportación ilegal es preciso acompañar la solicitud «de cualquier información de hecho o de derecho que pueda resultar de utilidad al tribunal u otra autoridad competente del Estado requerido para determinar si se cumplen los requisitos exigidos en los apartados 1 a 3 (*artículo 5.4 Convenio de Unidroit de 24 junio 1995*)»[59]. La *Directiva* afirma que la demanda deberá acompañarse de una descripción del bien y una justificación de su relevancia cultural, junto con una declaración, por parte de las autoridades del Estado miembro requirente, que afirme que el bien ha salido de su territorio de forma ilegal.

La solicitud de restitución o devolución, en *Unidroit,* podrá ser presentada por tres procedimientos: directamente, ante los tribunales o autoridades competentes; por medio de una autoridad designada para recibir solicitudes y transmitirlas a los tribunales o autoridades competentes; o por conducto diplomático o consular.

Cada Estado contratante habrá de determinar cuál o cuáles de ellos han de ser seguidos. En el caso de España, el segundo procedimiento ha sido el escogido, siendo la autoridad designada el Ministerio de Cultura[60].

En la *Directiva* solo se reconoce un único procedimiento: la solicitud deberá ser presentada ante los tribunales competentes.

---

57. Si no se facilitase la verificación, por parte de las autoridades competentes del Estado miembro requirente, de que el bien en cuestión es un bien cultural en los seis meses siguientes a la notificación de su hallazgo, no podrán aplicarse las medidas precautorias necesarias.
    Este plazo se ha visto ampliado con la nueva *Directiva.* En la *Directiva 97/3 CEE,* la verificación debía efectuarse en los dos meses siguientes a la notificación.
58. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 137.
59. *Ibidem.*
60. *Ibidem*, p. 175.

El trámite de restitución o de devolución, en ambos textos, se basa en la interposición de una demanda por parte del solicitante al Estado requerido.

A efectos de legitimación activa, resulta irrelevante la titularidad privada o pública de la propiedad del bien, puesto que el único legitimado es el Estado requirente.

La legitimación pasiva se basa únicamente en el descubrimiento del bien en posesión de un sujeto; por lo que corresponderá al poseedor del bien o al tenedor, sean de buena o mala fe. Se evitan así los problemas surgidos por la aplicación de la *lex fori*. Con su utilización se creaba una elevada inseguridad jurídica, pues, según el país y su derecho (*commun law o civil law),* se protegía al propietario (si el adquirente había actuado con malicia) o al tercero de buena fe.

En la competencia judicial internacional, de un instrumento y otro, encontramos importantes divergencias.

La *Directiva* posee un único foro: el requirente interpondrá la demanda ante el Estado requerido, que será el territorio donde el bien cultural exportado ilícitamente se halle. En el *artículo 5* se instaura el *forum rei sitae.*

Por el contrario, *Unidroit* contempla en su *artículo 8* una serie de foros de competencia judicial internacional: *forum rei sitae* (coincidiendo en este con la *Directiva);* foros distintos de aquel donde su encuentra el bien cultural y reconocidos por las normas vigentes en el Estado contratante correspondiente, ya sean de producción interna, comunitario o convencional (en los posible foros aplicables existen ciertas diferencias entre los bienes exportados ilegalmente y lo bienes robados); y, por último, el foro de sumisión.

1.3.7. Plazos

Ambos textos rubrican un lapso de tiempo determinado para ejercitar la acción de restitución. A priori, parece que ambos diferencian dos plazos: un plazo de prescripción relativo y un periodo de absoluta prescripción. Aunque, finalmente, dichos mecanismos se flexibilizan, y delegan en las legislaciones nacionales.

En la *Directiva,* la acción prescribirá en el plazo de 3 años a partir de que el Estado miembro haya tenido conocimiento del lugar del bien y de su poseedor[61]. En cualquier caso, la acción de restitución prescribirá a los 30 años desde que el bien cultural saliera de forma ilegal del territorio; con la excepción de las colecciones públicas mencionadas en el *punto 8 del artículo 2* y de las eclesiásticas que nacionalmente tengan especial protección: la acción de devolución prescribirá en

61. La nueva *Directiva* ha aumentado el plazo de prescripción relativa, pues la *Directiva 93/7 CEE* acota dicho periodo al plazo de un año a partir de que el Estado miembro haya tenido conocimiento del lugar del bien y de su poseedor.

un plazo de 75 años, a menos que, en el estado, dicha acción sea imprescriptible o haya acuerdos bilaterales que establezcan una fecha superior.

En *Unidroit,* para que el plazo de prescripción relativa tenga lugar, deberán transcurrir 3 años a partir del momento en que el demandante haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad del poseedor. Si bien, la acción de restitución prescribirá definitivamente a los 50 años desde la fecha de exportación o desde el momento en que se produjo el robo o a partir de la fecha en la que el bien debiere devolverse.

No obstante, el *Convenio* diferencia la regulación de los bienes culturales que formen parte integrante de un monumento o de un lugar arqueológico identificado, o pertenezca a una colección pública. No reconoce plazo de prescripción absoluta; sin embargo, se cede la oportunidad, a aquellos países que recojan en su derecho un plazo de prescripción de 75 años o más, de que se rijan por dicha disposición. El precepto –*artículo 3.5 del Convenio*– se basa en el principio de *reciprocidad,* pues a tenor del mismo «Toda acción entablada en otro Estado contratante para obtener la devolución de un bien cultural retirado de un monumento, de un yacimiento arqueológico o de una colección pública; situado en un Estado contratante que haya realizado una declaración al efecto, estará sometida también a dicho plazo de prescripción»[62].

1.3.8. Acreditación de la diligencia del comprador

Ambos textos señalan el derecho del poseedor a recibir una indemnización justa y equitativa cuando quede demostrado que este ha actuado con la diligencia debida. Relacionan los elementos que se han de tener en cuenta para averiguar si se actuó con la diligencia debida[63].

1.3.9. Gastos relativos a la devolución del bien

Cuando se ordene la restitución, se concederá al poseedor del bien cultural una indemnización justa y equitativa, a condición de que este hubiera actuado con la diligencia debida y sea desconocedor de su ilícita procedencia. El problema radica en el cómputo de dicha cantidad: los textos no proporcionan ningún

62. El sistema especial de duración de la acción solo se encuentra sometido al plazo relativo de tres años. La oposición de ciertos Estados a la inexistencia de un plazo absoluto ocasionó la gestación de la presente excepción. *Vid.*: Calvo Caravaca, A. L. y Caamiña Domínguez, C. M.; Dirs. Fernández Liesa, C. R. y Prieto de Pedro, J.; Coords. Vacas Fernández, F. y Zapatero Miguel, P.: «El Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995», en *La protección jurídico Internacional del Patrimonio Cultural,* p. 173.

63. La *Directiva 93/7 CEE* transfiere expresamente la carga de prueba a la legislación del Estado miembro requerido; lo cual se extirpa de la *Directiva 2014/60 UE.*

criterio que facilite la determinación del pago; por lo que, una vez más, la *lex fori* será aplicable[64].

En caso de exportación ilegal, tanto en la *Directiva* como en el *Convenio,* el Estado requirente deberá realizar dicho desembolso. Sin embargo, en caso de robo, el obligado es la persona que ha trasmitido el bien cultural o cualquier otro cedente anterior, cuando ello sea conforme al Derecho del Estado en el que se presentó la demanda. Si ello no se previere en el Ordenamiento de dicho Estado o los cedentes anteriores también fueran terceros de buena fe, la obligación de otorgar una indemnización justa y razonable recaerá sobre el demandante, sin derecho de reembolso.

En lugar de la indemnización, y de acuerdo con el Estado requirente, el poseedor que deba devolver el bien exportado ilegalmente, a tenor de lo expuesto en el *Convenio,* podrá optar por seguir siendo el propietario del bien o transferir su propiedad a la persona que elija, siempre que esta resida en el estado requirente y presente las garantías necesarias; en cualquier caso, el bien regresará al Estado requirente[65].

En la *Directiva,* los gastos derivados de la ejecución de la devolución del bien cultural o los ocasionados por las medidas a que se refiere el *punto 4 del artículo 5* serán sufragados por el Estado miembro requirente. En el ámbito convencional de exportación ilegal, también se expresa la obligación del Estado de correr con todos los gastos derivados de la devolución.

El demandante o el Estado requirente podrán reclamar el derecho de reembolso. En la *Directiva,* dicha obligación corresponderá a las personas responsables de la salida ilegal; mientras que, en el texto convencional, la obligación recae sobre «cualquier otra persona» que no especifica.

1.3.10. Legislación que rige tras la restitución

En la *Directiva,* una vez que el bien haya sido devuelto, se aplicará la Ley del Estado miembro requirente. Si el Estado donde se encontrara el bien robado

64. Calvo Caravaca, A. L.: *Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales robados o exportados,* 10 de junio de 2004, p. 666.

65. Las alternativas a la indemnización merecen una serie de matizaciones: para que el tercer adquirente continúe conservando la propiedad del bien, será necesario que las normas de Derecho Internacional Privado que corresponda aplicar le atribuyan la propiedad del bien. En lo concerniente a la transmisión de la propiedad, el Estado requirente deberá considerar si la persona (física o jurídica, privada o pública) reúne lo que para él son las garantías necesarias. *Vid.*: Calvo Caravaca, A. L. y Caamiña Domínguez, C. M.; Dirs. Fernández Liesa, C. R. y Prieto de Pedro, J.; Coords. Vacas Fernández, F. y Zapatero Miguel, P.: «El Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995», en *La protección jurídico Internacional del Patrimonio Cultural,* pp. 184.

fuera España, la *Ley 36/1994*[66] establece que serán competentes los juzgados del orden civil, se aplicará los *artículos 437 y ss. de la LEC.*

Unidroit, por el contrario, elude este tema.

2. LA PROPIEDAD DE LAS OBRAS DE ARTE QUE HAN SIDO OBJETO DE ROBO

2.1. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

2.1.1. Introducción

A lo largo del presente Capítulo se tratará de determinar en qué casos, y con arreglo a qué criterios y principios, los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas podrán conocer los litigios suscitados por las situaciones expuestas en el Capítulo I[67].

Para fijar la competencia judicial internacional de los tribunales deberán aplicarse, en primer lugar, los instrumentos legales internacionales en vigor [España (artículo 21 LOPJ, artículo 96.I CE)]; si estos no resultaren de aplicación, la competencia judicial internacional de dichos tribunales se determinará con arreglo a las normas de producción interna [España (artículo22 LOPJ)][68]. El *Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)*[69] (en adelante, *R. 1215/2012),* constituye el instrumento de

66. Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea; *BOE* núm. 307 de 24.12.1994, modificada por la Ley 18/1998, de 15 de junio, de modificación parcial de la Ley 36/1994; *BOE,* núm. 143 de 16.06.1998.
Es indispensable destacar la limitada permanencia de *Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un estado miembro de la Unión Europea* tras la entrada en vigor de la *Directiva 2014/60 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 (refundición).* El Estado Español debe incorporar la nueva *Directiva* a su ordenamiento jurídico antes de la derogación de la *Directiva 93/7 CEE,* con efecto a partir del 19 de diciembre de 2015.
67. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. I, ed. 12º, Granada, 2011-2012, p. 109.
68. *Ibidem*, p. 138.
69. *Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición);* DO serie L, núm. 351, de 20.12.2012. Su artículo 80

mayor importancia para la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales de la Unión Europea[70]. Cuerpos normativos anteriores, como el *Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000*[71]; el *Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*[72] y el *Convenio de Lugano de 21 de diciembre de 2007*[73]; carecían de un foro específico en materia de derechos reales sobre bienes culturales. Tal circunstancia provocaba que la calificación de un bien como mueble o inmueble obtuviera una importancia clave en la resolución del litigio. Sin embargo, en el reciente *Reglamento 1215/2012,* el legislador introduce un foro especial por razón de materia para los bienes culturales definidos como tal en la *Directiva 93/7 CEE*[74], que mitiga los problemas surgidos de la aplicación del sistema general de foros.

2.1.2. Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012

A. El foro exclusivo de los derechos reales sobre bienes inmuebles

El Capítulo II debe iniciarse con la distinción entre acciones relativas a bienes muebles y acciones correspondientes a bienes inmuebles.

En los litigios concernientes a derechos reales sobre *bienes inmuebles,* el *artículo 24 del R. 1215/2012* atribuye competencia *exclusiva* a los tribunales del Estado miembro donde el bien se encuentre ubicado. Lo cual motiva que el tribunal de un Estado miembro, cuyo territorio no disponga del bien cultural, se declare incompetente de oficio en virtud del *artículo 27 R. 1215/2012*. Por ello, los tribunales españoles serán competentes, a tenor del *artículo 24 R. 1215/2012,* cuando el bien cultural inmueble se halle en España[75]. Según lo expuesto en el *Reglamento,* si el

---

deroga el *Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Por lo que las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015 serán reguladas por el *R. 1215*.

70. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. I, ed. 12º, Granada, 2011-2012, p. 140.
71. Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DO* serie L, núm.12, de 16 enero 2001, pp. 1-23.
72. Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DO* serie C, núm. 27 de 26.1.1998, pp. 1-27.
73. Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; DO serie L, núm. 339 de 21.12.2007, pp. 1-41.
74. En el mes de diciembre de 2015 la *Directiva 93/7 CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un estado miembro,* quedará derogada y sustituida por la *Directiva 2014/60 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 (refundición).*
75. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 203.

reconocimiento o *exequátur* de la resolución extranjera, que determina la propiedad del bien cultural inmueble, fuera denegado, se produciría una vulneración de las competencias exclusivas[76].

El *artículo 24 del R. 1215/2012* posee carácter imperativo. Dicho precepto se aplicará sin ninguna otra condición; por lo que, el lugar de situación de los bienes culturales, el domicilio de las partes o la sumisión de las mismas a otros tribunales carecerá de importancia[77].

La cuestión parece diáfana; sin embargo, la distinción entre bienes muebles e inmuebles no es unánime en el Derecho comparado. La movilización o inmovilización de los mismos puede plantear especiales problemas en las normas de competencia judicial internacional[78]. Lo habitual será que el bien inmueble y la porción que del mismo ha sido separada no se encuentren en el mismo Estado[79]. Por ello, la calificación del bien cultural adquiere especial relevancia. Si un bien se adjetiva como bien inmueble, serán competentes exclusivamente los tribunales del Estado miembro en que se encuentre el conjunto al que pertenece, no la concreta porción que ha sido separada[80]. Empero, si dicha porción se conceptúa como bien mueble, la competencia judicial internacional podrá ser adquirida por otros Estados miembros en virtud de los diferentes foros establecidos en el R. 1215/2012.

Por ejemplo, aparece en España el fragmento de fresco arrancado de la *Domus de Neptuno,* una reliquia de 20 cm que representa a la diosa *Artemisa,* robada en *Pompeya* el 12 de marzo de 2014[81]. ¿Qué Estado ostentaría la competencia judicial internacional: España, lugar de domicilio del demandado, o Italia, territorio original del bien? La respuesta resulta algo difusa, pues todo dependerá de la calificación que del bien se haga: este puede ser un *bien inmueble* para un país y un *bien mueble* para otro. Por lo tanto, ¿es dicho bien *mueble* o *inmueble* a efectos del *R. 1215/2012*? Para resolver el problema caben las siguientes soluciones[82]:

76. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 204.
77. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. I, ed. 12º, Granada, 2011-2012, p. 166.
78. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 205.
79. *Ibidem.*
80. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 208.
81. LA STAMPA. Crónica [en línea]: *Pompei, rubato affresco dalla domus di Nettuno.* Ref. de 18 de marzo de 2014. Disponible en Web: *http://www.lastampa.it/2014/03/18/italia/pompei-ancora-sfregiata-rubato-un-affresco-dalla-domus-di-nettuno-a6jEq6CWVFO3oAjSYKZf5L/pagina.html.*
82. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. II, ed. 14º, Granada, 2013, p. 990.

a. Tesis de la «lex fori»

El Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto diagnosticará la naturaleza del bien cultural. Si el litigio desarrollado en torno al fresco de *Artemisa,* puesto como ejemplo en líneas anteriores, se planteara ante un tribunal español, este consideraría el fragmento un bien inmueble a tenor del *artículo 334 CC;* por lo que, los tribunales españoles se declararían incompetentes en base a la solución acogida por el *artículo 12.1 CC,* la calificación *lege fori.*

De acuerdo con esta teoría, los tribunales únicamente consultarán su derecho interno. Puede considerarse un bien cultural *mueble* o *inmueble,* en función del tribunal al que se acuda[83]. No obstante, la presente tesis puede plantear inconvenientes desde el punto de vista del reconocimiento o *exequatur* de la resolución extranjera en la que se determine la propiedad del bien cultural; pues, si el tribunal de Estado miembro que dicta la resolución califica de manera distinta (considera el bien como mueble) a como lo haría el tribunal del Estado miembro requerido (determina que el bien es inmueble), la resolución podría no ser reconocida y no surtir ningún efecto en el país requerido (se habría violado una competencia exclusiva); por lo que sería una decisión claudicante[84].

b. Tesis de la «lex causae» o tesis «Schlosser»

Esta segunda solución indica que la «naturaleza jurídica» del bien se fijará por el Derecho estatal eventualmente designado por la norma conflicto –contemplada en materia de derechos reales– del país cuyos tribunales conocen sobre la propiedad del bien[85]. En el Derecho internacional privado español, el *artículo 10.1 CC* (que se entiende como Ley del lugar de situación al tiempo de la adquisición) indica que la posesión, la propiedad y los demás derechos que afecten tanto a bienes muebles como a bienes inmuebles, se regirán por la ley del lugar donde se hallen –*lex rei sitae*–. En el supuesto del *fragmento de Artemisa,* planteado ante los tribunales españoles, se consultaría, para calificarlo como mueble o inmueble, la ley del lugar donde el bien se hallase actualmente. Ahora bien, como es preciso acudir al Derecho del país de situación del inmueble, podría provocarse un cambio en su calificación con su traslado a otro estado.

La presente tesis «no explica cómo es posible recurrir a un Derecho extranjero para calificar una institución legal si no se sabe qué Derecho extranjero rige tal ins-

83. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 208.
84. *Ibidem.* p. 209.
85. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 209.

titución legal»[86]. Resulta complicada y su aplicación granjearía otros inconvenientes, por lo que su uso no es habitual en los sistemas de Derecho Internacional Privado.

c. Tesis de la interpretación autónoma del Reglamento

El TJUE se ha inclinado por realizar una definición autónoma de los conceptos empleados por el *R.1215/2012,* en virtud del cual, los conceptos por él manejados no deben ser extraídos de los Derechos internos de los Estados miembro.

El *Reglamento* contempla un *foro exclusivo* en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles. Se intenta preservar así la idea de soberanía del Estado sobre su territorio. Sin embargo, al constituir una excepción, deben interpretarse de manera restrictiva. Por ello, cuando un bien inmueble es arrancado de su conjunto y transportado a otro territorio, la porción pierde todo vínculo con su Estado de origen y pasa a considerarse un *bien mueble*[87].

La doctrina coadyuvada por el TJUE evitaría los problemas de validez extraterritorial de decisiones si todos los Estados miembros admitieran dicha noción autónoma y unánime de bienes muebles a nivel comunitario, pues no se podría alegar la vulneración de una competencia exclusiva. Sin embargo, la aplicación de los foros generales y la interpretación autónoma del *Reglamento,* en el caso de los bienes culturales, no se acomodan a los principios específicamente desarrollados por la UNESCO, organización que otorga una relevancia capital al territorio de origen de los bienes culturales cercenados de su conjunto; por lo que esta doctrina podría atentar contra el axioma de los bienes culturales.

B. Los foros en materia de derechos reales sobre bienes muebles

El *Reglamento 1215/2012* incorpora un foro especial en materia de litigios relativos a *derechos reales sobre bienes muebles*[88]. Por ello, la competencia de los tribunales de un Estado miembro vendrá determinada por el foro de sumisión (tácita o expresa) y, en su defecto, por el foro del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda o por el foro del domicilio del demandado[89].

a. Sumisión tácita

A tenor del *artículo 26 del Reglamento 1215/2012,* los tribunales de un Estado miembro se declararán competentes cuando el demandado comparezca ante el tribunal sin impugnar la competencia del mismo.

---

86. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. I, ed. 12º, Granada, 2011-2012, p. 328.
87. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. II, ed. 14º, Granada, 2013, p. 990.
88. P. A. De Miguel Asensio, *El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones.* Madrid 2013, pp. 8, 9.
89. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 209.

b. Sumisión expresa

Regulada en el *artículo 25 del Reglamento.* Empero, dicho precepto solo se aplicará si se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones: concurrencia de un auténtico acuerdo interpartes; que al menos una de las partes tenga su domicilio en el *territorio 1215;* elección de tribunales de un Estado miembro; internacionalidad del litigio; el asunto debe constituir materia *contenciosa* y no de *jurisdicción voluntaria*[90]. Con la aplicación de los distintos mecanismos de restitución, explicados en el Capítulo I del presente estudio, es habitual que el bien se halle en el mismo Estado donde el litigio se dirime. Aún así, el conflicto continúa gozando de internacionalidad, ya que existe un elemento extranjero. Por ejemplo, si con anterioridad al litigio ha resultado de aplicación el *Convenio Unidroit de 24 de Junio de 1995,* y se ha ordenado a los tribunales mexicanos el retorno de un tapiz a España por ser su lugar de origen. Una vez que el tercer adquirente desee reclamar la propiedad del mismo, y las partes acuerden someterse a los tribunales españoles, los tribunales españoles podrán declararse competentes en base al *artículo 25 del Reglamento,* pues se ha elegido un tribunal del *territorio 1215* –habita allí una de las partes y la situación, aunque el bien se halle en España de nuevo, es internacional por poseer un elemento extranjero–.

c. Foro del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda

El *artículo 7, punto 4 del R. 1215/2012* otorga un foro específico a los bienes culturales. El legislador solventa así la situación provocada por la aplicación de los foros generales. Con la previa puesta en marcha de los mecanismos de restitución del Capítulo I –*Convenio de Unidroit* y *Directiva 2014/60 UE–,* el bien se hallará en su territorio original, donde las normas nacionales que salvaguardan su patrimonio podrán aplicarse.

El legislador consigue, en aras del principio de proximidad, de especialidad y de previsibilidad, acomodar el *Reglamento* a la actual tendencia de dar protagonismo a las leyes de los países de origen en las reclamaciones de bienes culturales. A través de este foro se acudirá de forma directa al lugar del conjunto donde el bien se ubicaba originalmente.

Este foro fomenta la utilización de los mecanismos de restitución, solventa los problemas de validez extraterritorial que podrían granjearse con la aplicación del foro exclusivo de los bienes inmuebles, soluciona los inconvenientes surgidos de la calificación autónoma que el *Reglamento* ofrece a los bienes culturales cercenados de su conjunto y permite la utilidad y el empleo de las normas nacionales que salvaguardan el patrimonio.

90. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. I, ed. 12º, Granada, 2011-2012, pp. 178, 179.

d. Foro del domicilio del demandado

En defecto de sumisión y en alternancia con el foro de especialidad, serán competentes los tribunales del Estado miembro donde el demandado se halle domiciliado. Normalmente, el demandado en este tipo de procesos es el tercer adquirente; sin embargo, con la puesta en marcha de los mecanismos de restitución del Capítulo I – *Convenio de Unidroit* y *Directiva 2014/60 UE–,* puede ocurrir a la inversa, y que se ordene la restitución del bien al propietario originario[91].

Con la introducción del foro de especialidad, el foro del domicilio del demandado quedará en desuso, ya que opera con independencia del lugar de situación del bien cultural[92]; por lo que será necesario dotar de validez extraterritorial a la sentencia dictada por los tribunales de dicho Estado miembro; pues, en la mayoría de supuestos, el bien se halla en un Estado distinto al domicilio del demandado[93].

C. Foros para adoptar medidas provisionales y cautelares

La importancia del sometimiento de los bienes culturales robados a la tutela cautelar se ha convertido en una *conditio sine qua non* para alcanzar el éxito de la reclamación[94]. Para que la decisión del tribunal no se vea frustrada y asegurar la situación que envuelve al objeto del litigio, el *Reglamento* prevé la adopción de medidas cautelares o provisionales; siempre y cuando, el bien se halle en un Estado miembro cuyas leyes permitan acordar tales medidas cautelares.

Existen dos posibilidades para la adopción de las mismas. La primera permite solicitar la medida ante el tribunal que está examinando la cuestión de propiedad del bien. La segunda prevé un foro de competencia judicial internacional *directa –artículo 35 del Reglamento–*; en virtud del cual, no será necesario acudir ante el tribunal que esté estudiando el litigio; sino que podrán adoptar tales medidas los tribunales del lugar de situación del bien cultural robado.

No obstante, las medidas cautelares o provisionales pueden verse frustradas por el traslado del bien cultural robado a otro país antes de que las mismas se hayan ejecutado[95].

---

91. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 213.
92. Fuentes Camacho, V.: «El tráfico ilícito internacional de bienes culturales», en *Monografías, Colección de Estudios Internacionales I,* Madrid 1993, p. 169.
93. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 213.
94. Fuentes Camacho, V.: «El tráfico ilícito internacional de bienes culturales», en *Monografías, Colección de Estudios Internacionales I,* Madrid 1993, p. 85.
95. Un claro ejemplo es el supuesto esclarecido en la sentencia: Chancery Division 31 julio 1918, *King of Italy and the Italian Government v. Marquis Cosimo de Medici Tornaquici and Christie, Manson and Woods* (1919), en *RDI,* 1921-1922, serie III, vol. 1, pp. 194 y ss.
– Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 218.

2.1.3. La LOPJ

Las normas de producción interna del Derecho español que regulan la competencia judicial internacional se hallan en la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*[96] (en adelante, *LOPJ).* Esta se aplicará en defecto de los instrumentos convencionales o de la Unión Europea. Los tribunales españoles juegan con los siguientes foros: el foro exclusivo en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles (*artículo 22.1 LOPJ),* foro de la sumisión expresa o tácita de las partes (*artículo22.2 LOPJ),* el foro del domicilio del demandado (*artículo 22.2 LOPJ),* así como el foro especial por razón de materia (*artículo22.3 LOPJ)*[97]. Dicho precepto atribuye la competencia judicial internacional a los tribunales españoles «en las acciones relativas a bienes muebles si estos se encuentran en territorio español al tiempo de la demanda». La localización del bien bastará para determinar la competencia, careciendo de relevancia el resto de circunstancias.

Como ya se adelantó, la *LOPJ* es una norma de aplicación subsidiaria; se acudirá a este foro únicamente cuando la norma convencional o comunitaria no pudiera ser aplicada[98].

Para la adopción de medidas provisionales o cautelares, el *artículo 22.5 LOPJ* asigna la competencia a los tribunales españoles cuando el bien cultural robado, sobre el que la medida vaya a recaer, se halle en España.

2.2. LEY APLICABLE

2.2.1. Introducción

La heterogeneidad de regulaciones que los Derechos internos desarrollan en torno a la adquisición de la propiedad, a la constitución de derechos reales sobre bienes muebles, a la usucapión y a los plazos de prescripción extintiva, otorgan un papel esencial en el triunfo de la reclamación de la propiedad del bien cultural al Derecho material aplicable[99].

---

96. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; *BOE* núm. 157 de 2.7.1985; ref. BOE-A-1985-12666. Última modificación: Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, ref. BOE-A-2014-7368, y Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, ref. BOE-A-2014-2709.
97. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 220; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. I, ed. 12º, Granada, 2011-2012, p. 239.
98. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. I, ed. 12º, Granada, 2011-2012, p. 240.
99. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 223.

A continuación se clasificarán los Ordenamientos en tres grupos en función del tratamiento que en los Derechos internos recibe el adquirente de buena fe[100]:

a) La protección del *adquirente de buena fe* en los países del *civil law* es notoria, su derecho se protege frente al del propietario inicial. Este sería el caso del Derecho italiano[101].

b) El interés del propietario inicial del bien queda protegido en los Ordenamientos del *common law*. La adquisición a favor del tercero de buena fe no se considera aceptable, por lo que el tercero deberá restituir el bien sin compensación alguna. El Derecho inglés es un claro ejemplo[102].

c) En los *sistemas intermedios* tratará de hallarse un equilibrio entre los intereses del propietario original y el tercero. El propietario podrá recuperar el bien entregando una indemnización al adquirente que cumpla con unos determinados requisitos; otra posibilidad es fijar un plazo para que el propietario inicial recupere el bien sin el deber de indemnizar, ahora bien, si el plazo transcurriese, el tercero de buena fe se convertirá en el propietario por prescripción adquisitiva. Arquetipos de esta regulación serán el Derecho suizo, el alemán y el francés[103].

En el Derecho interno español el propietario inicial podrá ejercitar la acción reivindicatoria en el plazo de seis años (*artículo 1962 CCiv).* Con dicha acción, el propietario original podrá recuperar el bien robado y, posteriormente, adquirido por un tercero de buena fe[104].

Para evitar que la reclamación tenga éxito, el poseedor podrá alegar que ha adquirido el bien por usucapión ordinaria (*artículo 1955.1 CCiv).* Para lo cual no se requerirá justo título, pues el *artículo 464.1 CCiv* determina que «la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título»; esta deberá ostentarse durante tres años de manera continua.

Es menester recordar que, en los casos de bienes ilegalmente exportados, la regulación será distinta, pues entrará en juego el respeto a las normas nacionales de protección de bienes culturales[105]. Sin embargo, los bienes ilegalmente exportados serán motivo de otro estudio y no del presente; por lo que no se profundizará en dicho tema.

---

100. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 224.
101. *Ibidem.*
102. *Ibidem.*
103. *Ibidem*, p. 225.
104. Díez-Picazo y A. Gullón, L.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. III (Tomo I), 2012, p. 124.
105. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 225.

2.2.2. «*Lex rei sitae*»

La inexistencia de una norma de conflicto específica en los litigios relativos a la propiedad de los bienes culturales genera ciertas lagunas; por lo que, en ocasiones, se hace necesario acudir a la norma de conflicto general en materia de derechos reales sobre bienes muebles[106]. Por ello, se acepta la aplicación de la ley de la situación efectiva del bien (*lex rei sitae)* y se abandona la máxima *mobilia sequuntur personam*[107]. Su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico opera por vía del *artículo 10.1 CCiv;* que establece el esclarecimiento de la propiedad de los bienes muebles e inmuebles en la ley del lugar donde los mismos se hallen[108].

La ausencia de contenido material de la *lex situs* proporciona un elevado grado de neutralidad a la reclamación[109]. No obstante, para su correcto desarrollo habrá de concretarse el lugar en el que el bien se halle físicamente, pues el posible traslado de los bienes muebles hace necesaria esta concreción[110].

A. Exégesis de la regla «Lex rei sitae»

La presente regla puede dar lugar a las siguientes interpretaciones:

a. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de su reivindicación

En esta tesis todo el poder de decisión se concentra en el poseedor del bien cultural. El demandado puede ser el tercer adquirente de buena fe o el propietario originario, en caso de que previamente haya prosperado una acción de restitución ejercitada mediante los mecanismos de restitución desarrollados en el Capítulo I del presente estudio[111]. Por ello, ante la eventualidad de una futura demanda, el poseedor podrá trasladar el bien cultural a un Estado cuya legislación favorezca su posición[112]. Si se trata del tercero, este trasladará el bien a un país del *civil law;* si es el propietario, a un país del *common law*[113].

106. *Ibidem*, p. 226.
107. Fuentes Camacho, V.: «El tráfico ilícito internacional de bienes culturales», en *Monografías, Colección de Estudios Internacionales I,* Madrid 1993, p. 203.
108. *Ibidem.*
109. Fuentes Camacho, V.: «El tráfico ilícito internacional de bienes culturales», en *Monografías, Colección de Estudios Internacionales I,* Madrid 1993, p. 207.
110. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 226.
111. *Ibidem*, p. 227.
112. *Ibidem.*
113. *Ibidem*, p. 228.

b. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento del robo

A priori, se puede pensar que dicha tesis pudiera favorecer al propietario originario; sin embargo, tal protección dependerá de la regulación que contemple el Derecho que resulte aplicable[114].

La presente tesis permitirá la aplicación de las normas que determinan la inalienabilidad del bien cultural; no obstante, esto no siempre será así. En el caso de que el bien se hallare expuesto en otro estado cuando el robo fuere llevado a cabo, el propietario no recuperará el bien cultural si alega que es inalienable en virtud de su Derecho, pues dicho ordenamiento no resultará aplicable al fondo del asunto[115].

Hasta el momento la presente tesis solo cuenta con apoyo de la doctrina[116].

Si la presente corriente primase, las obras de arte gozarían de una mayor protección. El interés por que dichas obras fueran expuestas en su territorio acabaría empujando a los Estados a reconocer la inalienabilidad de los bienes culturales ajenos a su patrimonio. Por ello, considero que la presente tesis es la más acertada.

c. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de la adquisición

La tesis que recibe un mayor apoyo es la norma aplicable a la Ley del lugar en el que se encuentra el bien cultural en el momento de su adquisición[117]. Sin embargo, plantea ciertos inconvenientes; para la protección del tercero simplemente habrá que trasladar el bien a un país donde el mismo resulte protegido y, una vez allí, efectuar la transacción. Dicha tesis también puede suponer una falta de predictibilidad absoluta para el propietario[118].

B. Problemas planteados por la aplicación de la «lex rei sitae»

a. Localización fortuita del bien cultural

En ocasiones, el lugar de situación del bien cultural carece de vinculación alguna con el supuesto; no llega a ser introducido en el mercado de dicho territorio, pues su permanencia en el mismo es pasajera; por lo que, la aplicación de la normativa del lugar de adquisición llevaría a resultados no deseados[119].

La solución en estos supuestos, si una legislación más vinculada con el fondo del asunto existiera, viene dada por una cláusula específica que deroga la regla general. En el Ordenamiento español, el *artículo 10.1.III CCiv* establece que, en

114. *Ibidem*.
115. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 228.
116. *Ibidem*.
117. *Ibidem*, p. 229.
118. *Ibidem*, p. 230.
119. *Ibidem*, p. 232.

el caso de constitución o cesión de derechos sobre *bienes en tránsito,* «se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino»[120].

Otra solución alternativa sería que el tribunal apreciase la existencia de una laguna axiológica; sin embargo, el problema se traslada a la determinación de un criterio adecuado para concretar qué se entiende por lugar vinculado con el fondo del asunto[121].

b. Apreciación de la buena fe

Deberá determinarse si la propiedad adquirida por un tercero de buena fe en un Estado extranjero puede convalidarse en el Estado donde el bien cultural se halla en el momento del litigio[122].

La doctrina se halla dividida entre el recurso a la *lex fori* o a la *lex causae*[123].

A tenor de lo expuesto en la Sentencia *Winkworth v. Christie, Manson* & *Woods Ltd.*[124], cuando un derecho se adquiere conforme a la *lex rei sitae,* no puede modificarse con su traslado. La seguridad del tráfico jurídico y la protección de la confianza deben garantizarse[125], el tercero de buena fe podrá basar su derecho de propiedad en la ley del país de adquisición de las mercancías[126].

Empero, la peculiar naturaleza de los bienes culturales aconseja no tanto promover su comercio como controlarlo para garantizar su adecuada conservación[127]. A dicha necesidad responden las legislaciones protectoras del Patrimonio, que incluyen medidas mencionadas en el siguiente apartado[128].

c. La inalienabilidad del bien cultural

El Estado de origen del bien puede prever distintas medidas de protección sobre el mismo: disposiciones que determinen su inalienabilidad, medidas que

120. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 232.
121. *Ibidem*, p. 233.
122. *Ibidem*, p. 238.
– Díez-Picazo y A. Gullón, L.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. III (Tomo I), 2012, p. 131.
123. *Ibidem.*
124. Chancery Division 5 noviembre 1979, *Winkworth v. Christie, Manson* & *Woods Ltd.,* en *JDI (Clunet),* 1988, núm. 1, pp. 838-839.
125. López-Carceller Martínez, P.: *Reivindicación de los Bienes Culturales muebles ilegalmente exportados,* Valencia, 2001, p. 56.
126. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 239.
127. López-Carceller Martínez, P.: *Reivindicación de los Bienes Culturales muebles ilegalmente exportados,* Valencia, 2001, p. 57.
128. *Ibidem.*

definan su imprescriptibilidad, o las que admiten la venta de los mismos en ciertos términos, etc.[129].

Para que la declaración de inalienabilidad surta efectos como mecanismo útil de protección de bienes culturales, debe tenerse en cuenta que la inalienabilidad de un bien cultural será regulada por la legislación del país de origen del bien, y que el tribunal del foro apreciará la inalienabilidad del mismo solo cuando así lo determine la ley que rija el fondo del asunto. Por ello, tal declaración será útil si el bien se encuentra en su país de origen cuando es adquirido por el tercero; si no, el tribunal del foro no tendrá que realizar dicha consideración, pues la ley aplicable no será la del país de origen, que es la que determina la inalienabilidad[130].

d. Usucapión

En algunos ordenamientos, la adquisición de la propiedad por parte del tercero de buena fe es automática; sin embargo, en otras legislaciones se requiere un determinado plazo[131]. El inconveniente en este apartado reside en precisar el momento a partir del cual el cómputo comienza a correr cuando el bien es trasladado a otro Estado. Dos tesis existen al respecto:

a) El plazo para la usucapión comienza desde que el bien se encuentra en el territorio del nuevo Estado; por lo que, el tiempo que haya transcurrido con anterioridad resulta irrelevante.

b) Se contabiliza también, a efectos del plazo exigido para la usucapión, el tiempo que el bien cultural ha permanecido en el primer Estado. La mayor parte de la doctrina secunda esta teoría; de hecho, su aplicación se prevé también cuando la legislación del Estado extranjero no contempla la posibilidad de adquisición por buena fe[132].

e. Prescripción extintiva

El transcurso del plazo de prescripción extintiva varía de forma notoria de unos Estados a otros. Algunos solo contemplan la presente posibilidad en relación con los bienes muebles; los inmuebles, por tanto, carecen de plazo de prescripción[133].

---

129. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 233.
130. *Ibidem*, p. 237.
131. *Ibidem*, p.241; BGH 13 diciembre 1968, 94, II, *Koerfer v. Goldschmidt en Entscheidungen* des Schweizerischen Bundensgerichts, p. 297.
– Díez-Picazo y A. Gullón, L.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. III (Tomo I), 2012, pp. 124, 136.
132. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 243.
133. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 244.

En el caso de los bienes muebles, las diferencias también son notables: inicio del cómputo, período de tiempo contemplado, posibilidades de interrupción, etc.[134].

Los Tribunales del *common law,* como los de Estados Unidos o Inglaterra, conciben la prescripción extintiva como una cuestión de procedimiento; por ello, dichos conflictos se solventarán de acuerdo con la *lex fori*. Sin embargo, otros países, como Francia y Alemania, mantienen la calificación como categoría de fondo sujeta a la *lex causae,* la ley que rige la obligación que se pretende extinguir[135].

Como se señaló en el primer capítulo, se contemplan dos tipos de plazos de prescripción: uno absoluto, que suele computarse desde el momento del robo; y otro relativo, que comenzará cuando el propietario tenga conocimiento del paradero de la obra de arte robada[136]. La conducta y el interés que el propietario desarrolle presentan una gran importancia para la posible recuperación del bien y el rechazo del cumplimiento de la prescripción extintiva.

C. Excepciones a la «lex rei sitae»

Para evitar que el patrimonio histórico del Estado de origen del bien quede desprotegido, se han elaborado normas de producción internacional, comunitaria y convencional que se alejan de la tradicional *lex rei sitae*[137].

En ocasiones, el Derecho extranjero aplicable a los derechos reales sobre bienes culturales desatiende la protección de los mismos; por ello, se establecen los siguientes mecanismos:

a. El artículo 29 LPHE

El *artículo 29.1 LPHE*[138] establece que «Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5 de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles».

El presente artículo proporciona una respuesta jurídica *directa inmediata y sustantiva*[139] a los bienes culturales que hayan sido objeto de exportación ilegal. Es

134. *Ibidem.*
135. *Ibidem.*
136. Almagro Nosete, J.; Gullón Ballesteros, A.; colab. Fernández González, M. B.; Ruiz de la Cuesta Cascajares, R. y Coord. O'Callaghan Muñoz, X.: *Prescripción, usucapión y caducidad,* Madrid, 2008, p. 63.
137. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 262.
138. Ley 16/1985, de 25 junio, de Patrimonio Histórico Español; *BOE* núm. 155 de 29.6.1985; ref. BOE-A-1985-12534. Última modificación: Ley 17/2012, de 27 de diciembre, ref. BOE-A-2012-15651.
139. Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. I, ed. 12º, Granada, 2011-2012, p. 184.

una norma material especial de Derecho Internacional Privado[140] que supone una excepción a la norma de conflicto establecida en el *artículo 10.1 CCiv*.

Dicha acción deberá ser interpuesta por la Administración a tenor de la competencia exclusiva reconocida en el *artículo 149.1.28 CE*. Los terceros y el propietario originario del bien, si lo ha exportado ilegalmente, verán frustradas sus expectativas; pues los bienes no podrán adquirirse ni por usucapión ni por enajenación[141].

Como el objeto de este estudio son los bienes robados, el propietario originario podrá recuperar el bien una vez ha sido adquirido por la Administración; este le será cedido previo importe de los gastos y del posible reembolso que el Estado hubiere tenido que pagar al tercero de buena fe[142].

a) Bienes muebles

El precepto solo menciona los bienes muebles; por ello, puede parecer que los bienes inmuebles quedan desprotegidos, pues el ordenamiento español sigue considerándolos como tal aunque sean separados de su conjunto.

Sin embargo, a los efectos del *artículo 10.1 CCiv,* la *lex rei sitae* es la del lugar donde se encuentra el conjunto. Por lo que, si este se ubica en España, la ley aplicable será la española; en consecuencia el *artículo 18 LPHE* establece lo siguiente: «Un inmueble declarado bien de interés cultural es inseparable de su entorno. No se podrá proceder a su desplazamiento o remoción, salvo que resulte imprescindible por causa de fuerza mayor o de interés social y, en todo caso, conforme al procedimiento previsto en el *artículo 9, párrafo 2* de esta Ley». La adquisición del tercero no será válida, pues el artículo *18 LPHE* no la permite[143].

Empero, si el litigio se solventase ante tribunales extranjeros, la solución puede variar dependiendo de la consideración que el juez en cuestión haga del bien. La respuesta vendrá dada por su derecho internacional privado[144].

b) Bienes ilegalmente exportados

Para que un bien cultural goce de la protección del *29.1 LPHE,* debe haber sido exportado de forma ilegal; el simple robo del mismo no es suficiente[145].

---

140. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 262.
141. *Ibidem*, p. 265.
142. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 266.
143. *Ibidem*, p. 263.
144. Carrillo Carrillo, B. L.: «Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y DIPR.», *Anales de Derecho Universidad de Murcia,* 2001, núm. 19, p. 224.
145. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 264.

Pertenecen al Estado, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español exportados sin la autorización requerida por el *artículo 5 LPHE,* que adquieren la condición de inalienables e imprescriptibles. El artículo se refiere a los bienes que requieren autorización previa: los que tienen más de cien años de antigüedad y se hallen inventariados; así como los recogidos en el *artículo 5.3 LPHE,* calificados como *bienes inexportables;* bajo la órbita de dicho artículo también se preservarán los bienes que han sido objeto de una exportación temporal y no han sido devueltos en plazo[146].

c) Operatividad del precepto

El artículo encuentra ciertas trabas en su aplicación cuando el litigio se sustancia ante un tribunal extranjero y el bien cultural se halla situado en el extranjero en el momento de su adquisición. El tribunal aplicará el Derecho Internacional Privado de dicho país que regule la propiedad del bien[147]. El tribunal del foro no tiene por qué acomodar el litigio al Derecho español; por lo que, el *artículo 29.1 LPHE* no será de aplicación y el Patrimonio Histórico Español quedará desprovisto de toda protección[148].

Otro impedimento puede surgir ante la posible aplicación del *artículo29.1 LPHE:* el tribunal del foro puede considerar la norma de exportación como un acto soberano de España y tacharla de inadmisible. A esta conclusión se llega desde la perspectiva del Derecho Internacional Público.

b. El artículo 13 de la Directiva 2014/60 UE

Como en su momento se apuntó, la *Directiva,* al contrario que *Unidroit,* sí regula y específica la Ley aplicable. A tenor del *artículo 13* de la misma, «la propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la legislación interna del Estado miembro requirente». Sin embargo, no se especifica el tribunal que ostentará la competencia judicial internacional; el foro del *artículo 6* se encuentra previsto para las acciones de restitución, pero guarda silencio ante los conflictos surgidos en torno a la propiedad del bien. Por ello, se recurrirá a la aplicación de las normas generales[149].

a) Alcance del precepto

Para que la *Directiva* entre en juego, en el litigio, los bienes culturales dirimidos deben ser reconocidos como tal en el seno de la misma, deben haber sido exportados ilegalmente y se habrán restituido a través de la *Directiva*[150].

146. *Ibidem.*
147. *Ibidem*, p. 268.
148. *Ibidem.*
149. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 273.
150. *Ibidem*, p. 274.

La *Directiva 2014/60* acoge así la opción de la *lex originis*[151], que permite determinar cuál será la legislación aplicable a la propiedad del bien cultural. El proceso opera en dos fases: en primer lugar, se concretará el Estado miembro requirente de cuyo territorio ha salido de forma ilegal el bien cultural (*artículo 1.3 Directiva)*[152]; en segundo lugar, se determinará la forma de acometer dicha ilegalidad; ora, por la vulneración de la normativa nacional o comunitaria en la salida de la obra de arte, ora, por la no devolución del bien en plazo y condiciones establecidas para su expedición temporal, (*artículo 1.2 Directiva)*[153].

b) *Lex originis*

El *artículo 13* es una norma conflicto que remite a la legislación del país de origen del bien. La *Directiva* se basa en la corriente seguida por la UNESCO de preservación del patrimonio nacional y devolución a su territorio original. Por lo que, el reenvío parece excluirse. Por ello, no se acude a la *lex rei sitae,* pues esta no permitirá aplicar las normas de protección de bienes culturales del país de origen y obstruiría así el objeto de la *Directiva.* Para asegurar un efectivo cumplimiento del fin perseguido por la *Directiva,* suele seguirse la tesis de la negación[154]: la adquisición por el tercero no se considerará válida, aunque se ajustará a la legislación aplicable, pues el bien se halla protegido por la ley del Estado requirente.

c) La Ley aplicable a la propiedad del bien cultural en la Ley 36/1994

En la referida norma no existe mención alguna a la Ley aplicable a la propiedad del bien cultural que ha sido restituido, la cuestión se desarrolla en torno a si procede la aplicación del *artículo 13* de la *Directiva* para determinar la propiedad del mismo. Dos situaciones deben diferenciarse:

---

151. – Ley del país de origen del bien cultural. La popularidad de la presente tesis se ha extendido en los últimos años; en Europa, con más intensidad. De hecho, fue utilizada por el Instituto de Derecho Internacional, en el año 1991, en Basilea; también se acoge como regla general en el Ordenamiento jurídico belga, sustituyendo a la *lex situs* y es defendida por el profesor Symeon C. Symeonides frente a la *lex rei sitae.*
No obstante, dicha corriente padece ciertos inconvenientes cuando se encuentra ante un litigio donde una obra huérfana, cuyo origen se desconoce, es la protagonista.
Empero, la aplicación de la *lex originis* proporcionaría tres grandes beneficios: se incrementaría la transparencia en los tratados concernientes a los litigios gestados por la disputa de la propiedad de los bienes culturales, la eficacia de dichos instrumentos aumentaría, y sería una solución más sencilla que la armonización del Derecho Internacional Privado de cada país.
– Fincham, D.: *How Adopting the* Lex Originis *Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property*, Londres, 2007, pp. 51, 52 y 53.

152. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 275.

153. *Ibidem.*

154. Frente a la tesis de la negación se halla la tesis de la sustitución, que defiende la sustitución de manera retroactiva de la legislación que resultara aplicable a la adquisición del tercero por el Derecho del Estado requirente señalado por el *artículo 13* de la *Directiva.*

a) Si el país de origen es España, el tribunal español aplicará la norma especial del artículo *29 LPHE* a la cuestión de propiedad, invalidando la adquisición del tercero de buena fe por tratarse de un bien cultural inalienable[155].

b) Si el país de origen del bien es extranjero, el tribunal español acudirá a la norma general de conflicto del *artículo 10.1 CCiv.* a través de la *lex rei sitae*. Se acudirá, por tanto, a la ley del lugar de adquisición del bien por el tercero y el tribunal español determinará la propiedad del bien en base al ordenamiento de ese Estado. Por ello, salvo en el improbable caso de que el bien haya sido adquirido por el tercero en el país de origen, las normas que salvaguardan dicho patrimonio no serán aplicadas[156].

Para evitar las mencionadas y nefastas consecuencias, se podría acudir, como solución, a la alegación de efecto directo de la *Directiva*[157]. El TJUE ha reconocido la posible aplicación del efecto directo vertical[158]; ha señalado que el órgano jurisdiccional nacional «está obligado, cuando aplica disposiciones de Derecho nacional, sean anteriores o posteriores a la *Directiva,* a interpretarlas, en toda la medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la *Directiva*»[159].

En nuestro ordenamiento, en defecto de transposición, la norma aplicable es la *lex rei sitae,* a través del *artículo 10.1 CCiv.;* sin embargo, no concreta el momento jurídicamente relevante. Por ello, podrá interpretarse el mencionado artículo en el sentido y con la finalidad de la *Directiva,* es decir, de acuerdo con la *lex originis,* aplicando la Ley del país en el que se ubicaba el bien cultural antes de que fuera ilegalmente exportado[160].

3. CONCLUSIONES

El consumo de arte goza de tal relevancia en la economía de mercado actual, que genera un poderoso flujo económico del que muchos quieren lucrarse. Los robos de bienes culturales están a la orden del día; un ejemplo reciente es la sustracción del, ya famoso, *Códice Calixtino.*

En el tráfico ilícito de bienes culturales se puede observar tres modalidades básicas: la *exportación ilegal,* el *simple robo* y el *robo arqueológico.*

155. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 278.
156. *Ibidem.*
157. *Ibidem.*
158. En las relaciones que el particular lo invoque frente al Estado.
159. STJCE de 14 agosto 1994, *Faccini Dori,* C-91/92, Rec., p. 3325.
160. Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007, p. 279.

Para determinar qué se considera exportación ilegal, tanto la *Directiva* como el *Convenio,* remiten a la legislación que, en cada Estado miembro, protege los bienes culturales. En el caso de España, dicha potestad será ejercida por *la Ley 16/1985, de 25 junio, de Patrimonio Histórico Español.*

En cuanto al concepto de robo, deberá ser aplicado en sentido amplio. Se optó por aplicar el *Convenio* solo a los casos castigados por todos los ordenamientos. No obstante, el concepto de robo arqueológico se encuadra en el texto convencional a través de una norma conflicto; por lo que, la legislación del país donde se halle la excavación determinará si el robo se ha producido o no.

Para paliar el acrecentado tráfico ilícito, se han realizado distintos desarrollos legislativos a nivel interno, comunitario e internacional, entre los que se hallan algunos mecanismos de restitución automática de los bienes culturales robados –suelen emplear alguno de estos tres conceptos básicos: *restitución, repatriación* y *devolución*–. A través de dichos instrumentos, se ofrece una mayor seguridad. En tiempos pasados, la obra de arte permanecía en poder del tercer adquirente hasta que el litigio se sustanciaba; por lo que, todas las ganancias que su posesión conlleva le beneficiaban desmesuradamente.

La nueva *Directiva 2014/60 UE* y el *Convenio de Unidroit* de 24 de junio de 1995 se gestaron con el fin de mitigar los inconvenientes revelados en el período de limbo legislativo. Dichos mecanismos de restitución automática actúan en una fase previa, por lo que no se pronuncian sobre la cuestión de propiedad. Los tribunales únicamente deciden sobre si procede o no el retorno del bien a su lugar de origen. Ambos cuerpos normativos simplifican las demandas de restitución y devolución de los bienes estableciendo unos mecanismos generales, unos órganos encargados, una cooperación entre Estados, etc. En síntesis, un sistema de sencilla aplicación y gran eficacia. El éxito del retorno depende en gran medida de una adecuada colaboración entre los Estados miembro. De hecho, para garantizar la restitución del bien cultural, la *Directiva* acude a la figura de las denominadas autoridades centrales y a la utilización de la herramienta de cooperación administrativa IMI (Sistema de Información del Mercado Interior).

En el primer capítulo del presente estudio, se confecciona una comparativa entre ambos mecanismos; pues, al basarse la *Directiva* en el desarrollo convencional de 1995, las semejanzas se hacen evidentes. También se advierten ciertas diferencias; por ello, el parangón resulta necesario y enriquecedor.

La naturaleza comunitaria o convencional determina el ámbito de aplicación de ambas normas.

Tanto la *Directiva* como *Unidroit* son aplicables desde su entrada en vigor: ninguno de los dos tiene carácter retroactivo. No obstante, la *Directiva* prevé la posibilidad de que los Estados parte contemplen las solicitudes de restitución anteriores al 1 de enero de 1993 de otros Estados miembros.

Ante la inexistente definición unitaria de bien cultural, el *Convenio* ofrece una custodia a los bienes culturales clasificados en su correspondiente anexo; por ello, dicho instrumento arrastra los mismos problemas de categorías tasadas que la antigua *Directiva 93/7 CEE*. El grado de protección dependerá del tipo de bien; influirán factores como la movilidad o inmovilidad de los bienes, la antigüedad o la procedencia del mismo. A sensu contrario, la nueva *Directiva* soslaya los inconvenientes ocasionados por la legislación particularista del *Convenio* y de la *Directiva 93/7 CEE,* y ampara los bienes culturales clasificados por el Estado como patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional, de acuerdo con su propia legislación.

Tanto el *Convenio* como la *Directiva* protegen las obras de autores vivos; sin embargo, el primero elabora una excepción y excluye de su tutelaje a los bienes exportados ilegalmente en vida del autor o durante los cincuenta años siguientes a su fallecimiento.

La *Directiva* protege los bienes exportados ilegalmente. Los bienes robados, por tanto, no se hallan amparados de forma directa; su protección únicamente se admitirá si, previamente, han sido objeto de exportación ilegal. Sin embargo, *Unidroit* salvaguarda, por un lado, los bienes culturales robados y, por otro, los bienes culturales desplazados del territorio del Estado contratante por infracción de sus normas de exportación.

Las dos normas establecen una acción automática de restitución. Empero, la normativa convencional establece que la devolución de un bien ilegalmente exportado no será preceptiva. Para que el retorno del bien sea forzoso, se ha de demostrar que la exportación ha producido un daño significativo a alguno de los intereses recogidos en el *Convenio*.

El *Convenio* permite ejercitar la acción de restitución o devolución ante tribunales o autoridades de Estados contratantes distintos de aquel en que se encuentra el bien cultural. Por ello, es posible la adopción de medidas provisionales o cautelares, en base al interés del solicitante y de la protección del bien. En cambio, la *Directiva* no contempla expresamente este tipo de medidas, pues la demanda debe plantearse en el Estado donde se encuentra el bien cultural. Sí reconoce a las autoridades centrales la potestad de establecer las medidas precautorias que sean necesarias para evitar que se eluda el procedimiento de restitución.

La solicitud de restitución o devolución en *Unidroit* podrá ser presentada por tres procedimientos: directamente, ante los tribunales o autoridades competentes; por medio de una autoridad designada para recibir solicitudes y transmitirlas a los tribunales o autoridades competentes; o por conducto diplomático o consular. En la *Directiva* solo se reconoce un único procedimiento: la solicitud deberá ser presentada ante los tribunales competentes.

El trámite de restitución o de devolución, en ambos textos, se basa en la interposición de una demanda por parte del solicitante al Estado requerido.

A efectos de legitimación activa, resulta irrelevante la titularidad privada o pública de la propiedad del bien, puesto que el único legitimado es el Estado requirente.

La legitimación pasiva corresponderá al poseedor del bien o al tenedor, sean de buena o mala fe. Se evitan así los problemas surgidos por la aplicación de la *lex fori*.

En la competencia judicial internacional de un instrumento y otro, encontramos importantes divergencias.

La *Directiva* posee un único foro: el requirente interpondrá la demanda ante el Estado requerido, que será el territorio donde el bien cultural exportado ilícitamente se halle. En el *artículo 5* se instaura el *forum rei sitae*.

Por el contrario, *Unidroit* contempla en su *artículo 8* una serie de foros de competencia judicial internacional: *forum rei sitae* (coincidiendo en este con la *Directiva);* foros distintos de aquel donde su encuentra el bien cultural y reconocidos por las normas vigentes en el Estado contratante correspondiente, ya sean de producción interna, comunitario o convencional (en los posible foros aplicables existen ciertas diferencias entre los bienes exportados ilegalmente y lo bienes robados); y, por último, el foro de sumisión.

Ambos textos rubrican un lapso de tiempo determinado para ejercitar la acción de restitución. En un principio parece que ambos diferencian dos plazos: un plazo de prescripción relativo, –que abarcará el lapso de 3 años–, y un periodo de absoluta prescripción, –30 años en la *Directiva* y 50 años en *Unidroit*–. No obstante, poseen una regulación especial de ciertos bienes basada en el principio de reciprocidad; pues a los bienes expuestos en sus correspondientes articulados y bajo las condiciones que ellos mismos desarrollan podrán establecérseles un plazo de prescripción absoluta.

Ambos textos señalan el derecho del poseedor a recibir una indemnización justa y equitativa cuando quede demostrado que este ha actuado con la diligencia debida. El problema radica en el cómputo de dicha cantidad: los textos no proporcionan ningún criterio que facilite la determinación del pago, por lo que, una vez más, la *lex fori* será aplicable.

En lugar de la indemnización, y de acuerdo con el Estado requirente, el poseedor que deba devolver el bien exportado ilegalmente, a tenor de lo expuesto en el *Convenio,* podrá optar por seguir siendo el propietario del bien o transferir su propiedad a la persona que elija, siempre que esta resida en el estado requirente y presente las garantías necesarias, en cualquier caso, el bien regresará al Estado requirente.

El demandante o el Estado requirente podrán reclamar el derecho de reembolso.

En la *Directiva,* una vez que el bien haya sido devuelto, se aplicará la Ley del Estado miembro requirente. *Unidroit,* por el contrario, elude este tema.

Aunque en *Unidroit* se elaboran más anotaciones explicativas en las que se señala qué se entiende por los distintos términos usados, en la práctica, la *Directiva* ostenta una mayor eficacia. De cara a la galería, el *Convenio* es un instrumento de restitución de bienes vinculante; sin embargo, en realidad, no deja de ser una carta de intenciones. A lo largo de la comparativa se ha podido comprobar el margen de actuación infinito que los Estados miembros poseen. No obstante, la importancia de dicho mecanismo, como fuste de un entramado estructural de efectiva cooperación, resulta esencial. De hecho, la normativa que actualmente regula las situaciones generadas en torno al tráfico ilícito de bienes culturales se ha construido tomando como referencia dicho *Convenio*.

Con la utilización de los mecanismos de restitución se conseguirá que la obra de arte vuelva a su propietario original, evita así que las diferentes regulaciones sobre la adquisición de la propiedad, que los sistemas jurídicos contemplan, puedan ser utilizadas como pretexto para prolongar la localización del bien en el Estado miembro al que ha sido trasladado mientras dura el proceso y la cuestión se solventa.

Para incoar el proceso deberá determinarse la competencia judicial internacional y la Ley aplicable.

Para fijar la competencia judicial internacional de los tribunales, deberán aplicarse, en primer lugar, los instrumentos legales internacionales en vigor [España (*artículo 21 LOPJ, artículo 96.I CE)*]; si estos no resultaren de aplicación, la competencia judicial internacional de dichos tribunales se determinará con arreglo a las normas de producción interna [España (*artículo 22 LOPJ)*].

El legislador introduce en el *R. 1215/2012* un foro especial por razón de materia para los bienes culturales definidos como tal en la *Directiva 93/7 CEE;* a tenor del cual, se mitigan los problemas surgidos de la aplicación del sistema general de foros. En los litigios concernientes a derechos reales sobre *bienes inmuebles,* el *artículo 24 del R. 1215/2012* atribuye competencia *exclusiva* a los tribunales del Estado miembro donde el bien se encuentre ubicado. Lo cual motiva que el tribunal de un Estado miembro, cuyo territorio no disponga del bien cultural, se declare incompetente de oficio en virtud del *artículo 27 R. 1215/2012*. A tenor de lo expuesto en el *Reglamento,* si el reconocimiento o *exequátur* de la resolución extranjera que determina la propiedad del bien cultural inmueble fuera denegado, se produciría una vulneración de las competencias exclusivas.

A pesar del carácter imperativo del tratado artículo, el presente foro presenta especiales problemas. La distinción entre bienes muebles e inmuebles no es unánime en el Derecho comparado. La calificación del bien cultural desarraigado adquiere especial relevancia: si un bien se adjetiva como bien inmueble, serán

competentes exclusivamente los tribunales del Estado miembro en que se encuentre el conjunto al que pertenece. Empero, si dicha porción del bien inmueble se conceptúa como bien mueble, la competencia judicial internacional podrá ser adquirida por otros Estados miembros en virtud de los diferentes foros establecidos en el *R. 1215/2012*.

Distintas tesis han tratado de solventar dicha contrariedad: la tesis de la *lex fori,* la tesis de la *lex causae* y la tesis de la interpretación autónoma del *Reglamento 44/2001*.

Desde mi punto de vista, la doctrina coadyuvada por el TJUE, la tesis de la interpretación autónoma del *Reglamento 1215/2012,* evitaría los problemas de validez extraterritorial de decisiones, pues no se podría alegar, como motivo de denegación del reconocimiento o *exequátur,* la vulneración de una competencia exclusiva si todos los Estados miembros admitieran dicha noción autónoma y unánime de bienes muebles a nivel comunitario [la *porción del inmueble* trasladada a otro Estado pierde su *estrecha vinculación* con el Estado originario y ha de conceptuarse como un bien mueble]. Sin embargo, la aplicación de los foros generales y la interpretación autónoma del *Reglamento,* en el caso de los bienes culturales, no se acomodan a los principios específicamente desarrollados por la UNESCO, organización que otorga una relevancia extraordinaria al territorio de origen de los bienes culturales cercenados de su conjunto; por lo que, esta doctrina podría atentar contra el axioma de los bienes culturales.

No obstante, el legislador ha tratado de paliar la anterior situación con el nuevo *Reglamento 1215/2012,* introduciendo un foro especial en materia de litigios relativos a *derechos reales sobre bienes muebles;* pues con la previa puesta en marcha de los mecanismos de restitución del Capítulo I –*Convenio de Unidroit* y *Directiva 2014/60 UE*–, el bien se hallará en su territorio original, donde las normas nacionales que salvaguardan su patrimonio podrán aplicarse.

La competencia de los tribunales de un Estado miembro, en lo concerniente a los litigios relativos a derechos reales sobre bienes muebles y a efectos del *R. 1215/2012,* vendrá determinada por el foro de sumisión (tácita o expresa) y, en su defecto, por el foro del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda o por el foro del domicilio del demandado.

En defecto de sumisión, serán competentes los tribunales del Estado miembro donde el bien se halle o los tribunales donde el demandado posea su domicilio. Este último foro quedará en desuso por la introducción del foro de especialidad, ya que opera con independencia del lugar de situación del bien cultural; por lo que será necesario dotar de validez extraterritorial a la sentencia dictada por los tribunales de dicho Estado miembro; pues, en la mayoría de supuestos, el bien se halla en un Estado distinto al domicilio del demandado.

La inclusión del nuevo foro de especialidad es significativa, pues acerca las posturas del TJUE y de la UNESCO, fomenta la utilización de los mecanismos de

restitución, solventa los problemas de validez extraterritorial que podrían granjearse con la aplicación del foro exclusivo de los bienes inmuebles, soluciona los inconvenientes surgidos de la calificación autónoma que el *Reglamento* ofrece a los bienes culturales cercenados de su conjunto, y permite la utilidad y el empleo de las normas nacionales que salvaguardan el patrimonio.

Es menester destacar la importancia del sometimiento de los bienes culturales robados a la tutela cautelar para que la decisión del tribunal no se vea frustrada.

Existen dos posibilidades para la adopción de las mismas. La más eficaz se articula a través de un foro de competencia judicial internacional *directa;* en virtud del cual no será necesario acudir ante el tribunal que esté conociendo del litigio, sino que podrán adoptar tales medidas los tribunales del lugar de situación del bien cultural robado. Se evita así tener que dotar de validez extraterritorial la resolución.

En defecto de los instrumentos convencionales o de la Unión Europea, se aplicará la normativa de producción interna, es decir, la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.* Reúne los siguientes foros: el foro exclusivo en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles, foro de la sumisión expresa o tácita de las partes, el foro del domicilio del demandado, así como el foro especial por razón de materia. Gracias a dicho precepto, la localización del bien bastará para determinar la competencia, careciendo de relevancia el resto de circunstancias.

Para la adopción de medidas provisionales o cautelares, el *artículo22.5 LOPJ* asigna la competencia a los tribunales españoles cuando el bien cultural robado, sobre el que la medida vaya a recaer, se halle en España.

El proceso se iniciará cuando la competencia judicial internacional se haya establecido y se haya resuelto la cuestión de Ley aplicable.

La heterogeneidad de regulaciones que los Derechos internos desarrollan en torno a la adquisición de la propiedad –*common law, civil law, sistemas intermedios–,* a la constitución de derechos reales sobre bienes muebles, a la usucapión y a los plazos de prescripción extintiva, otorga un papel esencial al Derecho material aplicable en el triunfo de la reclamación de la propiedad del bien cultural.

La inexistencia de una norma de conflicto específica en los litigios relativos a la propiedad de los bienes culturales genera cierta lagunas; por lo que, en ocasiones, se hace necesario acudir a la norma de conflicto general en materia de derechos reales sobre bienes muebles, la *lex rei sitae;* su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico opera por vía del *artículo 10.1. CCiv,* que establece el esclarecimiento de la propiedad de los bienes muebles e inmuebles en la ley del lugar donde los mismos se hallen.

Sin embargo, ¿qué entendemos por lugar de situación del bien? Varias soluciones existen al respecto: *Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de*

su reivindicación, Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento del robo y la *Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de la adquisición*.

Desde mi punto de vista, la alternativa más acertada es la aplicación de la *Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento del robo*. A priori, se puede pensar que dicha tesis pudiera favorecer al propietario originario; sin embargo, tal protección dependerá de la regulación que contemple el Derecho que resulte aplicable.

La presente tesis permitirá la aplicación de las normas que determinan la inalienabilidad del bien cultural. La praxis de dicha corriente proporcionaría una mayor protección a las obras de arte, pues se acabaría con el inconveniente de la falta de reconocimiento de la inalienabilidad de obras extranjeras. El interés de terceros Estados por que dichas obras fueran expuestas en su territorio frente a la falta de confianza del Estado de origen del bien cultural, basada en la falta de protección; acabaría empujando a los Estados a reconocer la inalienabilidad de los bienes culturales ajenos a su patrimonio.

La aplicación de la *Lex rei sitae* conlleva ciertos problemas: la localización fortuita del bien cultural, la apreciación de la buena fe, la inalienabilidad del bien cultural, la usucapión, la prescripción extintiva...

Cuando el lugar de situación del bien cultural carece de vinculación alguna con el supuesto, pues su permanencia en el mismo es pasajera, se tratará de hallar una solución más vinculada con el asunto que conduzca a resultados más justos. En el Ordenamiento español, dicho remedio se canalizará a través del *artículo 10.1.III CCiv*.

El Estado de origen del bien puede prever distintas medidas de protección sobre el mismo: disposiciones que determinen su inalienabilidad, medidas que definan su imprescriptibilidad, o las que admiten la venta de los mismos en ciertos términos, etc.

No obstante, esta declaración será útil si el bien se encuentra en su país de origen cuando es adquirido por el tercero; si no, el tribunal del foro no tendrá que realizar dicha consideración, pues la ley aplicable no será la del país de origen, que es la que determina la inalienabilidad. Y la Ley aplicable deberá determinar si la propiedad adquirida por un tercero de buena fe en un Estado extranjero puede convalidarse en el Estado donde el bien cultural se halla en el momento del litigio. La doctrina se halla dividida entre el recurso a la *lex fori* o a la *lex causae*.

En algunos ordenamientos, la adquisición de la propiedad por parte del tercero de buena fe es automática; sin embargo, en otras legislaciones se requiere un determinado plazo para usucapir el bien. El inconveniente en este apartado reside en precisar el momento a partir del cual el cómputo comienza a correr cuando el bien es trasladado a otro Estado. La mayor parte de la doctrina secunda la inclusión del tiempo que el bien cultural ha permanecido en el primer Estado.

También el transcurso del plazo de prescripción extintiva varía de forma notoria de unos Estados a otros.

Se contemplan dos tipos de plazos de prescripción: uno absoluto, que suele computarse desde el momento del robo; y otro relativo, que comenzará cuando el propietario tenga conocimiento del paradero de la obra de arte robada. La conducta y el interés que el propietario desarrolle presentan una gran importancia para la posible recuperación del bien y el rechazo del cumplimiento de la prescripción extintiva.

Para evitar que el patrimonio histórico del Estado de origen del bien quede desprotegido, se han elaborado normas de producción internacional, comunitaria y convencional, que se alejan de la tradicional *lex rei sitae.*

El *artículo 29.1 LPHE* supone una excepción a la norma de conflicto establecida en el *artículo 10.1 CCiv*. Proporciona una respuesta jurídica *directa inmediata y sustantiva* a los bienes culturales que hayan sido objeto de exportación ilegal, pues los terceros y el propietario originario del bien, si lo ha exportado ilegalmente, verán frustradas sus expectativas; pues los bienes no podrán adquirirse ni por usucapión ni por enajenación. La acción deberá ser interpuesta por la Administración.

Aunque pudiera parecer que el precepto solo protege a los bienes muebles, lo cierto es que, a tenor del *artículo 10.1 CCiv,* la *lex rei sitae* es la del lugar donde se encuentra el conjunto; por lo que, si este se ubica en España, la ley aplicable será la española; en consecuencia, el *artículo 18 LPHE* invalidará la adquisición del tercero.

Empero, si el litigio se solventase ante tribunales extranjeros, la solución puede variar dependiendo de la consideración que el juez en cuestión haga del bien. La respuesta vendrá dada por su derecho internacional privado.

Otro impedimento puede surgir ante la posible aplicación del *artículo29.1 LPHE:* el tribunal del foro puede considerar la norma de exportación como un acto soberano de España y tacharla de inadmisible. A esta conclusión se llega desde la perspectiva del Derecho Internacional Público.

Por otro lado, *el artículo 13* de *la Directiva 2014/60 UE* regula y especifica la Ley aplicable. Sin embargo, no se determina el tribunal que ostentará la competencia judicial internacional; por lo que se recurrirá a la aplicación de las normas generales.

Para que la *Directiva* entre en juego en el litigio, los bienes culturales dirimidos deben ser reconocidos como tal en el seno de la misma, deben haber sido exportados ilegalmente y se habrán restituido a través de la *Directiva.*

La *Directiva 2014/60* acoge así la opción de la *lex originis,* que permite determinar cuál será la legislación aplicable a la propiedad del bien cultural. El *artículo*

13 es una norma conflicto que remite a la legislación del país de origen del bien. La *Directiv*a se basa en la corriente seguida por la UNESCO de preservación del patrimonio nacional y devolución a su territorio original.

La *Ley 36/1994* conoce la cuestión de si procede la aplicación del *artículo 13 de la Directiva* para determinar la propiedad del mismo. Dos situaciones deben diferenciarse:

a) Si el país de origen es España, el tribunal español aplicará la norma especial del *artículo 29 LPHE* a la cuestión de propiedad, invalidando la adquisición del tercero de buena fe por tratarse de un bien cultural inalienable.

b) Si el país de origen del bien es extranjero, el tribunal español acudirá a la norma general de conflicto del *artículo 10.1 CCiv.* a través de la *lex rei sitae.* Se acudirá, por tanto, a la ley del lugar de adquisición del bien por el tercero y el tribunal español determinará la propiedad del bien en base al ordenamiento de ese Estado. Por ello, salvo en el improbable caso de que el bien haya sido adquirido por el tercero en el país de origen, las normas que salvaguardan dicho patrimonio no serán aplicadas.

Para evitar las mencionadas y nefastas consecuencias, se podría acudir, como solución, a la alegación de efecto directo de la *Directiva.* El TJUE ha señalado la obligación del órgano jurisdiccional nacional de interpretar el Derecho nacional a la luz de la letra y de la razón de la *Directiva.*

Finalmente, en nuestro ordenamiento, en defecto de transposición, la norma aplicable es la *lex rei sitae,* a través del *artículo 10.1 CCiv;* sin embargo, no concreta el momento jurídicamente relevante. Por ello, podrá interpretarse el mencionado artículo en el sentido y con la finalidad de la *Directiva,* es decir, de acuerdo con la *lex originis,* aplicando la Ley del país en el que se ubicaba el bien cultural antes de que fuera ilegalmente exportado.

4. BIBLIOGRAFÍA

Almagro Nosete, J.; Gullón Ballesteros, A.; colab. Fernández González, M. B.; Ruiz de la Cuesta Cascajares, R. y Coord. O'Callaghan Muñoz, X.: *Prescripción, usucapión y caducidad,* Madrid, 2008.

Baghdjan, A.: «Corte ordena devolución de afiches robados por nazis», en *Reuters América Latina* [en línea], disponible en web: *http://lta.reuters.com/article/ entertainmentNews/idLTASIE82F0FG20120316.*

Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales,* Madrid, 2007.

Calvo Caravaca, A. L.: *Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre Bienes Culturales robados o exportados,* 10 de junio de 2004.

Calvo Caravaca, A. L. y Caamiña Domínguez, C. M.; Dirs. Fernández Liesa, C. R. y Prieto de Pedro, J.; Coords. Vacas Fernández, F. y Zapatero Miguel, P.: «El Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995», en *La protección jurídico Internacional del Patrimonio Cultural.*

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado,* vol. I, ed. 12º, Granada, 2011-2012.

– *Derecho Internacional Privado,* vol. II, ed. 14º, Granada, 2013.

Carrillo Carrillo, B. L.: «Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y DIPR.», *Anales de Derecho Universidad de Murcia,* 2001, núm. 19.

Díez-Picazo y A. Gullón, L.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. III (Tomo I), 2012.

DOCUMANIATV. *Los grandes robos de arte: La Mona Lisa.* Ap. Arte y cine. Documentales [en línea]. Disponible en Web: *http://www.documaniatv.com/arte-y-cine/los-grandes-robos-de-arte-la-mona-lisa-video_32faca969.html.*

FBI. *FBI Top Ten Art Crimes.* Ap. Art theft [en línea]. Disponible en Web: *http://www.fbi.gov/about-us/investigate/vc_majorthefts/arttheft/isabella.*

Fincham, D.: *How Adopting the* Lex Originis *Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property*, Londres, 2007.

Fuentes Camacho, V.: «El tráfico ilícito internacional de bienes culturales», en *Monografías, Colección de Estudios Internacionales I,* Madrid 1993.

Gómez Vílchez, M. S.: *Tráfico ilícito de Bienes Culturales. Evolución histórica, situación actual y medidas de protección*. Disponible en Web: *http//mediamusea.com/.*

Hoffman, B. T. (Ed.), *Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice.* Cambridge University Press, New York, 2006.

Kowalski, W. W.: *Claims for Works of Art and Their Legal Nature,* The permanent Court of Arbitration, *Resolution of cultural Property disputes,* mayo 23, 2003.

López-Carceller Martínez, P.: *Reivindicación de los Bienes Culturales muebles ilegalmente exportados,* Valencia, 2001.

Pons Asinorum. Blog [en línea]: *El robo de obras de arte.* Ref. 26 de enero de 2009. Disponible en Web: *http://www.asinorum.com/el-robo-de-obras-de-arte/880/.*

Ruiz Fernández, D.: «Ladrones de Arte», *Revista Suite101,* ap. Seguridad de Estado [en línea]. Ref. de 12 de julio de 2011. Disponible en Web: *http://david-ruiz-fernandez.suite101.net/ladrones-de-arte-a60086.*

TERRA NOTICIAS, ap. Gente y cultura [en línea]: *Corte ordena devolución de afiches robados por nazis.* Ref. de 16 de marzo de 2012. Disponible en web: *http://*

noticias.terra.es/2012/gente-y-cultura/0316/actulidad/corte-ordena-devolución-de-afiches-robados-por-nazis.aspx.

UNESCO, Media Services. Unescopress [en línea]*: 40 years of fighting the illicit trafficking of cultural goods.* Ref. de 10 de marzo de 2011. Disponible en Web: *http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/40_years_of_ fighting_the_illicit_trafficking_of_cultural_goods/#.VAnsWsJ_t6c.*

Urueña Álvarez, R.: «La protección del Patrimonio Cultural en tiempos de Guerra y Paz», en *Cuadernos de Estudios Empresariales 2004,* núm. 14 245-260. ISSN: 1131-6985.

5. JURISPRUDENCIA

Autocephalous Greek-Orthodox Church v. Goldberg & *Feldman Fine Arts Inc.,* 717 F. Supp. 1374 (SD Ind. 1989), aff. 917 F. 2d 278 (7th Cir. 1990).

STJCE de 14 agosto 1994, *Faccini Dori,* C-91/92, rec., p. 3325.

The King of Italy and the Italian Government v. Marquis Cosimo de Medici Tornaquici, Marquis Averardo de Medici Tornaquinci, and Christie, Manson and Woods. Chancery Division de 31 julio 1918, *King of Italy and the Italian Government v. Marquis Cosimo de Medici Tornaquici and Christie, Manson and Woods* (1919), en *RDI,* 1921-1922, serie III, vol. 1, pp. 194 y ss.

BGH de 13 diciembre 1968, 94, II, *Koerfer v. Goldschmidt en Entscheidungen* des Schweizerischen Bundensgerichts, p. 297.

Chancery Division de 5 noviembre 1979, *Winkworth v. Christie, Manson* & *Woods Ltd.,* en *JDI (Clunet),* 1988, núm. 1, pp. 838-839.

O direito da arte. A conservação e restauração da pintura na perspectiva do Sistema Jurídico Português

MARÍLIA DA COSTA
Jurista

SUMÁRIO: LISTA DE ABREVIATURAS. 1. INTRODUÇÃO. 2. ESTUDO DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A PINTURA. *2.1. Quadro da delimitação do tema. 2.2. Noções fundamentais. 2.3. Âmbito de protecção legal e exemplos de pintura.* 3. TUTELA JURÍDICA DA PINTURA EM PORTUGAL. *3.1. Direito internacional. 3.2. Direito europeu.* 3.2.1. União Europeia. 3.2.2. Conselho da Europa. 3.3. *Direito português.* 3.3.1. O âmbito da tutela jurídica. 4. NOVAS DINÂMICAS EM EVOLUÇÃO NO DIREITO DA ARTE. *4.1. O direito e a arte em Espanha e sua relação com Portugal. 4.2. Meios extrajudicias de resolução de conflitos. 4.3. O papel das entidades públicas e privadas na protecção das obras de arte. 4. O direito das gerações futuras de aceder à pintura.* 5. CONCLUSÃO. 6. BIBLIOGRAFIA.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC	Antes de Cristo
Al.	Alínea
ALI	American Law Institute
Art.	Artigo
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Constituição Espanhola
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cciv	Código Civil
CCom	Código Comercial
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa

CQCE/2005	Convenção-Quadro do Conselho da Europa de 2005
DC	Depois de Cristo
DR	Diário da República
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ICOMOS	International Council on Monuments and Sites
INTERPOL	International Criminal Policy Organization
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
nº	Número
ONU	Organização das Nações Unidas
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
WIPO	World Intellectual Property Organization

1. INTRODUÇÃO

A reflexão jurídica sobre a arte interessa a Portugal por diversos motivos. Primeiro, o vasto património cultural e artístico de valor universal representa a memória e história de um longo percurso de evolução. Este património permite reconstruir o caminho histórico do nascimento do país e a criação de valores comuns que perduram na sociedade. Em segundo lugar, os estudos jurídicos sobre a arte em Portugal são muito escassos. Daí ser muito difícil encontrar elementos, reunir documentos e experiências em qualquer das áreas que merecem análise.

Elaborar um estudo sobre o direito e a arte em Portugal significa iniciar uma construção jurídica, com base em elementos legais dispersos no sistema nacional. Mas o âmbito de aplicação da lei evoluiu, e falar hoje na resolução de conflitos legais no mundo artístico significa convocar e estudar a aplicação do direito internacional.

A análise entre o direito e a arte tem subjacente um conjunto de problemáticas legais. Muitas delas ainda não mereceram qualquer estudo académico relevante. O presente trabalho incide a reflexão sobre o âmbito legal

de protecção das obras de arte, principalmente da pintura. O objectivo é apresentar o quadro legal português no âmbito da conservação e restauração das obras.

A temática da preservação das pinturas é de elevada relevância em Portugal, não só devido à dispersão da legislação nesta matéria, mas também como forma de elucidar sobre a importância de preservar e proteger a pintura, através do respeito da legislação sobre conservação e restauração da arte.

A preservação da identidade cultural e da memória histórica está intimamente relacionada com a tutela legal da arte. Para o efeito elaboramos um estudo, no qual se teve a preocupação de apresentar uma reflexão sobre as noções de arte, a necessidade de criar um programa geral de cooperação e de apoio no sentido de implementar uma protecção eficaz.

2. ESTUDO DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A PINTURA

2.1. QUADRO DA DELIMITAÇÃO DO TEMA

O direito e a arte são criações humanas, manifestações da realidade social, o espelho dos valores da comunidade. Reflectir sobre o direito no mundo artístico é um diálogo diverso e multidisciplinar. A presença da arte na vida social faz-se sentir em diversas áreas com impacto na realidade social. Com efeito, o direito ao regulamentar os padrões de actuação sociais influencia, inevitavelmente, o mundo da arte em diversos domínios. Portanto, a relação próxima entre ambos é inevitável. Por outro lado, esta relação não se estuda e analisa, exclusivamente, de um ponto de vista puramente nacional ou bilateral. A relação entre o direito e a arte seguiu a tendência da internacionalização, com ênfase na resolução de disputas internacionais sobre devolução de obras alegadamente furtadas ou roubadas. Em geral, a relação entre o mundo do direito e da arte acompanhou o âmbito de internacionalização jurídica. A necessidade de criação de normas sobre a arte é uma realidade, assim como, a complexidade inerente à resolução de dilemas jurídicos que envolvem o mundo da arte.

O conceito de arte é amplo e a complexidade dos temas é, igualmente, diversa. Desta forma, importa estabelecer um padrão de estudo definido, pois a delimitação permite centrar a reflexão nos aspectos mais importantes das regras jurídicas face à arte.

Neste trabalho, o tema central é a relação entre o direito e a pintura na sua vertente de protecção legal sobre a conservação e a restauração das obras.

O direito é convocado a entrar no mundo da arte em diversos domínios e em diferentes situações. Na verdade, a história da arte cruza-se com a evolução do direito. Os diversos ramos jurídicos, nomeadamente, o direito civil, comer-

cial, penal, administrativo, direito internacional, europeu, convocam a necessária delimitação da questão jurídica a resolver. Claro que o tipo de relação jurídica a analisar é crucial na determinação da área jurídica, mas também o conflito factual, o tipo de relação entre as partes e o significado do bem para a sociedade merecem atenção. Acresce que a análise de aplicação do direito deve pressupor o funcionamento das relações no mundo da arte. Isto quer dizer que a relação entre o direito e a pintura deve considerar o especial funcionamento e relações naquele mundo, assim como valorizar a disciplina de história da arte. Isto significa que a intervenção do direito no campo da pintura deve ser estudada, analisada e compreendida segundo uma perspectiva multidisciplinar.

A história da arte é uma disciplina autónoma[1], actualmente. A mesma foi referida pela primeira vez no livro *História de Arte Antiga* de Winckelmann em 1764 e os fundamentos para o seu estudo foram criados por Karl Friedrich Von Rumohr em 1827[2].

A história da arte e a história do direito expressam o desenvolvimento da sociedade ao longo de diversas épocas. Ambas marcam a vida do Homem e a evolução da humanidade. Ambas têm um destino comum já que ambas, arte e direito, são criações do Homem susceptíveis de interpretação[3].

A evolução jurídica do mundo da arte teve impacto no mundo do direito ao criar condições de surgimento de uma nova área jurídica, denominada direito da arte. Enquanto disciplina jurídica, esta nova área inclui todas as fontes de direito, regras e decisões, objecto de estudo referentes à arte.

A evolução histórica, a globalização e a internacionalização contribuem para o nascimento de uma nova realidade no campo da pintura. Com efeito, surge a necessidade de garantir um conjunto de direitos em diversos domínios, principalmente, ao nível da comercialização, precisamente na área de compra e venda de obras. Ora, esta nova realidade social implicou, por sua vez, o desenvolvimento do direito nesta matéria. A internacionalização da arte fez sentir a necessidade de criação de um conjunto de regras, normas e princípios que actuem a nível internacional, nomeadamente, relacionados com a compra e venda, direitos de autor e circulação lícita internacional das obras. Estas normas e princípios incluem, também, os princípios éticos.

A ética no mundo das relações da arte constitui um dos valores fundamentais na resolução de litígios. Isto quer dizer que a convocação do direito para a resolução de problemas jurídicos relacionados com a arte deve ser analisada segundo diversos prismas, isto é, segundo a disciplina de história da arte, da

1. Barral i Altet, Xavier: *História da Arte*. Arte e Comunicação, Edições 70, 2011, p. 11.
2. Panofsky, Erwin: *O Significado nas Artes Visuais*. Editorial Presença, 1989, p. 202.
3. Barifaza, Leticia: *La Interpretación en El Derecho Y en El Arte. Primeras Aproximaciones,* disponível em: *www.juridicas.unam.mx*.

especial relação que existe no mundo da arte entre os diversos intervenientes e, também, dos princípios éticos inerentes ao espaço de actuação e expressão pública das obras. A análise destas questões precisa de atender ao processo histórico de desenvolvimento das duas áreas que caminharam no sentido da comunicação e interligação, com o propósito de resolver os conflitos. Conflitos e problemas relacionados com a arte sempre existiram ao longo das épocas. Os meios de entendimento e resolução dos problemas é que se modificaram ao longo do processo de evolução histórica. Esta evolução histórica espelha o caminho da internacionalização do campo das transacções comerciais, ao crescimento das colecções privadas e actuação dos poderes públicos. Uma análise, mesmo que breve da nossa história permite concluir sobre a importância da protecção das obras num plano global.

No século II AC o Império Romano foi responsável pelo roubo de várias obras de arte das províncias e criou um mercado destinado à compra e venda das referidas obras.

No século IV DC incrementou-se a produção de obras de arte, nomeadamente, para prestação de cultos. Posteriormente, nos séculos XIV e XV os monarcas de França intensificaram a produção de obras de arte, através de numerosas encomendas. Deste estímulo da criação de obras nasce um mercado de arte, e o comércio continuou a ser impulsionado pela monarquia e pela elite dominante. O aumento do número das encomendas estimulou o mercado de arte, por exemplo, o aumento do consumo decorrente da ascensão da burguesia[4] no fim do século XVIII foi, também, responsável pela criação de vários museus. A criação de retractos como parte de uma moda social foi importante para a produção artística nas várias épocas históricas, e foi particularmente, muito relevante para a ascensão da pintura. Esta moda dos retractos constituiu um campo frutífero a nível da comercialização internacional.

As estruturas do mercado de arte alteraram-se e evoluíram no sentido da massificação da produção de obras de arte. O aumenta do consumo corresponde a duas tendências, por um lado, o consumo de obras, às quais foi atribuído um valor económico elevado, só acessível a uma elite e, por outro lado, o consumo massificado de arte comercializável pelas grandes massas.

A criação de museus e de galerias surgiu das necessidades derivadas da internacionalização do mercado, o qual proliferou intensamente a partir da 2º Guerra Mundial. Os museus e as galerias contribuíram para o incremento das trocas comerciais e da circulação de bens. Ambos contribuíram para a democratização da arte.

4. Hoog, Michel: *O Mercado da Arte*. Rés, 1995.

Igualmente relevante, neste processo, foi a cotação das obras de arte e a criação do índice de valores.

A internacionalização do mercado de arte acompanhou o fenómeno da globalização. A intensificação das transacções comerciais internacionais e as modificações nos modos de comercialização da arte foram responsáveis por alterações, nomeadamente, a nível regulamentar sobre os instrumentos de protecção das obras.

As relações no mundo da arte seguem a tendência da internacionalização, o que implica considerar as várias dimensões actuais que o homem e a globalização impõem à arte, ou seja, a conjugação da dimensão comercial, económica, simbólica e cultural[5].

O homem criou um sistema jurídico complexo de arte em diversos domínios. Associada à complexidade legal surge a articulação da exposição e a circulação das obras de valor histórico universal destinadas à acessibilidade pelo público. Esta nova realidade implica a criação de um conjunto de regras que preservem as obras de arte.

O direito acompanha a realidade social, pelo que a complexidade da evolução do mundo artístico constitui uma exigência criativa para o direito. A necessidade de protecção jurídica das obras de arte é uma necessidade cada vez mais discutida e, principalmente, cada vez mais sentida. Dirimir conflitos, garantir confiança na veracidade, autenticidade, e garantir a preservação dos bens, principalmente, ao nível da circulação internacional dos objectos de arte ou a exportação (para fins comerciais) de objectos de arte, coloca questões jurídicas problemáticas, quer do ponto de vista do direito nacional, quer do ponto de vista do direito internacional.

A tensão da resolução de problemas jurídicos não se limita ao conflito entre a cultura, arte, o comércio ou transacções. As questões jurídicas incidem, igualmente, no âmbito da protecção legal. Neste sentido, importa compreender outros níveis de influência no contexto artístico, desde o nível da relação e intervenção do político face à cultura, e à internacionalização da arte, assim como o impacto do direito internacional e da sua relação com a cultura, história e áreas de avaliação da obra de arte, como qualificar uma obra como arte e respectivos critérios.

A avaliação da obra no plano do direito internacional convoca vários domínios de estudos. A arte apresenta uma relação próxima com diversos domínios sociais. A obra de pintura é comunicação e reflecte o conhecimento, a linguagem, a história e a vida. Todos esses domínios fazem parte do desenvolvimento global num palco cultural comum com participação no futuro da humanidade.

---

5. Alexandre Melo identifica três dimensões do funcionamento do sistema da arte: «*(...) uma dimensão económica, uma dimensão simbólica e uma dimensão política (...) três instâncias fundamentais: produção, distribuição e consumo.*», disponível em: Melo, Alexandre: *Arte.* Quimera, 2001.

A história e o conhecimento reflectem uma aprofundada visão de duplo carácter, ou seja, o carácter objectivo e subjectivo da obra de arte. A obra está, inevitavelmente, associada a uma dimensão temporal, num duplo sentido. Por um lado, está associada ao criador e à época histórica de criação e, por outro lado, é valorizada pelo Homem em qualquer momento temporal, através das suas interpretações, dos seus estudos, da expressão da sua emoção, da capacidade intelectual que liga a obra a outras épocas e a faz renascer de forma contínua como algo permanente, eterno, em oposição à condição humana. Com efeito, a obra apresenta valor e significado em diversas épocas históricas, ela apresenta um valor universal e intemporal, continuamente reinterpretada, sentida e comunicada ao colectivo. Neste sentido podemos dizer:

– «*(...) Arte e comunicação são conceitos indissociáveis*»[6].

A arte mantém uma conexão indissociável com o desenvolvimento das sociedades em vários planos. Enquanto forma de linguagem e de comunicação, a arte expressa história, vivência e conhecimento da humanidade, dos seus modos de vida multifacetados. Estabelece, ao mesmo tempo, uma ponte entre o passado e o presente, unidos num momento temporal de contacto e expressão de valor sobre a vida e o significado que o Homem dá e reinventa em cada momento e em cada época. São estas as expressões de individualidade, e as expressões sociais que marcam a história da humanidade espelhadas na arte enquanto forma sublime de comunicação.

Já afirmamos que a arte está compreendida na história, em um duplo sentido de significação humana e interligação cultural. Este conhecimento da mundividência das comunidades e seus valores culturais e religiosos permite reflectir sobre quem somos, sobre o passado, permite desenhar o percurso da humanidade e, inevitavelmente, a pintura, permite não só que exista memória, mas que essa memória persista no tempo. A pintura permite que a memória viva e o legado artístico permaneça e alcance diferentes gerações. Esta memória que a pintura permite à vida, necessita de protecção. Tal desiderato só é alcançável através da tutela legal sobre a obra de arte. Proteger a pintura significa proteger o conhecimento e o valor humano. Simboliza o cuidado na tutela de bens comuns para toda a humanidade.

Poderíamos questionar sobre qual o tipo de desenvolvimento humano e qual o futuro da humanidade sem acesso à arte. Na verdade, o Homem não está preparado para a perda. O vazio da história faz perder o sentido do ser. Qual seria o futuro da humanidade que perde ligação à memória e à vida histórica? O conhecimento e os significados da existência não seriam os mesmos sem a documentação, a prova, a realidade manifestada numa pintura que chega ao outro pela emoção. Neste sentido, podemos reflectir, tal como no excerto seguinte:

6. Hadjlluicolaou, Nicos: *História da Arte e Movimentos Sociais*. Edições 70, 1973, p. 50.

– «*Quele est le futur de L´humanité en tant que la culture est ce qui permet de nous definir et de nous projeter, de nous questionner et de faire jouer les potentialités qui sont à notre disposition? La Convention énonce pour la première fois que les biens, activités et services culturels ont une double nature: symbolique et économique. Mais la formule ne vise pas à mesurer la part économique et la part culturelle*»[7].

A arte apresenta diversas manifestações sociais que reflectem a sua importância no desenvolvimento humano. Mas a necessidade de protecção das obras ultrapassa essa ideia.

A arte pode ter diversos significados, uma vez que pode ser usada com utilidade no desenvolvimento e aperfeiçoamento do indivíduo, nomeadamente a nível terapêutico[8]. Acresce, a importância do estudo da arte como parte do sistema de educação. Na realidade a importância da arte no processo de educação foi previamente pensada e defendida por Platão[9]. O efeito da crescente humanização das organizações, através da arte não é restrito ao simbolismo ou ao valor a que possa estar associada.

Estas ideias demonstram a importância da democratização da arte na evolução da sociedade. Esta democratização aconteceu de diversas maneiras e reflecte-se no mercado internacional de compra e venda, como acontece através da proliferação de galerias e na criação de museus. O aumento de exposições públicas contribuem para tal efeito e as Associações culturais, como as Universidades começam a apostar na partilha do seu património cultural permitindo o acesso pela comunidade a tais obras. Exemplo deste efeito é a colecção egípcia do Museu de História Natural da Universidade do Porto[10], disponível para a comunidade estudantil, ou o património cultural da Universidade de Coimbra já considerado Património da Humanidade pela UNESCO[11].

A necessária convocação do direito nos assuntos da arte abrange vários domínios. Uma dessas áreas é a protecção legal das obras.

Esta área necessita de reflexão e desenvolvimento jurídico, nomeadamente, no plano da restauração e conservação das pinturas. A protecção jurídica das obras de arte está, naturalmente, relacionada com o valor do património comum e com a necessidade de continuidade das obras. O direito é um dos meios que permite garantir a protecção da obra e, dessa maneira, a sua da perpetuidade.

---

7. Contel, Raphael: *Questions de Culture (s)? – Convention UNESCO 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles,* disponível em: *www.facultas.lduv.*
8. Para mais desenvolvimentos ver o site da Sociedade Portuguesa de Arte-Terapia, disponível em *www.arte-terapia.com.*
9. Read, Herbert: *Educação pela Arte.* Edições 70, 2007 pp. 13-21.
10. Helena da Rocha Pereira, Maria: *A Colecção de Vasos Gregos da Universidade do Porto.* Universidade do Porto 100, Porto, 2011.
11. Disponível em: *www.worldheritage.uc.pt/pt/.*

Assim, por exemplo, verifica-se a criação de instituições de protecção das obras de arte, como os museus. A importância do papel dos museus na conservação e protecção das obras também se desenvolveu ao longo da história. Com efeito, a capacidade de organização em grande escala e a capacidade de chegar a grandes massas através de exposições e circulação de obras, eventos culturais, participação no processo de valorização económica do património cultural, permitiu aos museus o desenvolvimento do seu papel no contexto de apoio a estudos da arte, incentivo ao ensino, comunicação e apoio ao crescimento e participação pública na cultura, em geral. Ao mesmo tempo, os museus participam na criação de diversas formas de conservação das obras. A evolução científica e tecnológica permitiu a aplicação de novas técnicas à protecção das obras garantindo melhor qualidade na conservação, também aplicadas pelos museus.

A protecção jurídica da pintura não se resume à apreciação da beleza da obra e à preocupação em manter a sua continuidade. Está, igualmente, relacionada com o direito individual ou colectivo à cultura.

A arte tem implicações com outros direitos pois permite exercer o direito à liberdade de expressão e o direito à criação artística. A pintura é uma forma de linguagem, uma forma de liberdade do Homem, uma conquista de criação individual e de manifestação da personalidade do criador que acaba por se manifestar no interesse colectivo. A obra ganha sentido colectivo, vai além da mensagem do criador e expressa uma forma de estar social, que pode ser de intervenção, de crítica, de bem-estar ou de revolução. A ideia por detrás da obra e a interpretação humana individual ou colectiva manifestam a necessidade de protecção. Esta protecção jurídica que é essencial não se resume aos direitos de liberdade de expressão e de criação artística. O direito é mais rico e manifesta a sua intervenção de tutela em outras áreas igualmente importantes. A protecção jurídica no âmbito da conservação e restauração é essencial à preservação das obras de arte e protecção da forma de expressão sublime, que a caracteriza.

O desenvolvimento das sociedades caminhou no sentido da tolerância cultural e das suas diversas manifestações, reconhecendo a importância da preservação da arte na prevenção e resolução de conflitos.

Neste sentido, o Título II da CQCE/2005, relativa ao Valor do Património Cultural para a Sociedade de 27.10.2005[12], conhecida como a Convenção de Faro[13], incide sobre o contributo do património cultural para a sociedade, para o desenvolvimento humano, e prevê como obrigação dos Estados, no seu art. 7º, al. c):

– «*Aumentar o conhecimento do património cultural como um modo de facilitar a coexistência pacífica, promovendo a confiança e compreensão mútua tendo em vista a resolução e prevenção de conflitos*».

12. Disponível em: *www.gddc.pt*.
13. Disponível em: *www.patrimoniocultural.pt/media/uploads/cc/ConvencaodeFaro.pdf*.

O mesmo diploma, também, reconhece a importância da educação e da formação, neste contexto. O art. 13º, denominado património cultural e conhecimento visa facilitar a inclusão, no sistema de ensino, da cultura como forma de acesso a outros níveis de conhecimento. De acordo com a al. a) está em causa incentivar a investigação interdisciplinar sobre o património cultural, as comunidades patrimoniais, o ambiente e as suas relações.

Acresce o art. 14º, al. c), o qual reforça a importância da inclusão da arte na educação:

– «*Procurando suprimir os obstáculos no acesso à informação relativa ao património cultural, designadamente para fins pedagógicos, protegendo embora os direitos de propriedade intelectual*».

O referido diploma permite estabelecer o relacionamento entre a arte, cultura e qualidade de vida (Art. 8º), desenvolvimento sustentável (Art. 9º), actividade económica (Art. 10º), participação democrática (Art. 12º), ensino e informação (Artigos 13º e 14º).

O âmbito de tutela jurídica em relação à arte é amplo. São vários os domínios e áreas jurídicas com implicações na arte. A protecção jurídica abrange os aspectos da conservação e restauração. Este tema, objecto da presente reflexão tem uma manifestação transnacional pelo que se torna imprescindível reflectir sobre o quadro legal internacional no enquadramento do direito da arte.

Na realidade, não existe uma definição de direito da arte, contudo pode ser entendida como um ramo interdisciplinar que agrega vários aspectos jurídicos relacionados com a criação, exibição, reprodução, venda, transferência de propriedade, direitos de autor, direitos fiscais, conservação e restauração das obras de arte[14].

Não sendo um ramo jurídico fechado, também é verdade, a necessária integração e complementaridade com outros ramos jurídicos, nomeadamente, no âmbito da aplicação subsidiária do direito.

A necessária tutela jurídica demonstra a importância para o desenvolvimento da sociedade, na oportunidade oferecida pela arte de questionar a sociedade em várias dimensões, enquanto forma de manifestação, de contacto, de criação de conceitos, de elo de ligação histórico-civilizacional. Ela é uma forma sublime de expressão. Portanto, a tutela jurídica da arte, no âmbito da conservação e restauração permite garantir a tutela e a realização de vários direitos, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, de crítica, de criação artística, de educação, de contactar com as obras e a preservação das mesmas para as gerações futuras. É comum a manifestação da arte na sociedade, no plano da crítica, da manifestação

14. *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 6, Issue 1 (2011), disponível em: *www.art-law.org*.

social, da expressão histórica. Por exemplo, a obra de Picasso *Massacre da Coreia,* e a pintura conhecida por *Manifesto por uma Causa Perdida* de 1965, de Paula Rego, a qual reflecte o que se passou na Guerra Civil Espanhola. Do ponto de vista da denúncia da pobreza e da injustiça social, surge a obra *O Almoço do Tralha* de Júlio Pomar de 1946/50.

A arte está intimamente ligada à liberdade de expressão. O TEDH[15] já decidiu sobre a liberdade de expressão no contexto artístico no sentido de reconhecer que esta liberdade, consagrada no Art. 10º CEDH, está sujeita às limitações e restrições legais. Assim, no Acórdão *Müller v. Suíça,* o Tribunal ponderou a limitação à liberdade de expressão e o direito de exposição artística sobre relações sexuais entre homens e animais, e concluiu não haver violação da liberdade de expressão[16]. A protecção da moral prevalecia nessa situação, conforme está prevista no nº 2 do referido Art. 10º.

Recentemente, em Espanha, a exposição *Mujeres Ocultas,* no Museu Santa Clara de Bogotá, a qual retratava o corpo da mulher juntamente com imagens religiosas, foi encerrada através de uma providência cautelar, por afectar a sensibilidade religiosa e cultural[17]. Como se depreende dos exemplos, a liberdade de expressão é um direito fundamental do Homem e permite o desenvolvimento artístico e cultural, mas tal como todas as restantes situações está sujeita às restrições legais, pelo que na verdade não se trata de uma liberdade absoluta.

Após a Revolução de 25 de Abril em Portugal, um grupo de 48 pintores reuniu-se para pintar um painel em homenagem à Revolução[18].

O século XX assistiu ao incremento da pintura como negócio incluído na sociedade de consumo, na comunicação de massas, ao mesmo tempo que se incentivou a manifestação artística no apelo à intervenção, manifestação, expressão política, cívica, literária e adopção de novas correntes de pensamento.

Por exemplo, o Neo-Realismo apela à intervenção social e política. Mas não é exclusivo das correntes específicas. A crítica e a intervenção social fazem parte da arte. Por vezes, os movimentos ou tendências não podem ser enquadrados numa corrente específica. O Romantismo fez parte do desenvolvimento intelectual na Europa que se seguiu à Revolução Francesa, no século XIX e é discutido ainda o seu significado pois para alguns pensadores, o «*romantismo foi, na verdade, no domínio das belas-artes, mais um estado de espírito do que um movimento estruturado*»[19].

---

15. Disponível em: *www.echr.coe.int/.*
16. Alves, Jorge: *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados.* Porto, Legis, 2008.
17. Disponível em: *www.noticiasrcn.com: Tribunal frena exposición de arte de la Iglesia Católica,* de 27/08/2014, e *www.rcnlaradio.*
18. França, José-Augusto: *A Arte e a Sociedade Portuguesa no Século XX, 1910-2000.* Livros Horizonte, 2000, p. 63.
19. Legrand, Gérard: *A Arte Romântica.* Edições 70, 2001, p. 21

Outros movimentos nascem no quadro de uma ideia de manifestação ou de ruptura com a realidade social. Foi o caso do Dadaísmo nascido em 1916 em Zurique enquanto reacção à guerra e ao capitalismo, o qual pretendeu ultrapassar valores tradicionais da cultura dominante[20].

Em suma, o presente estudo incide sobre uma área específica do direito da arte, a pintura, ou seja, sobre o âmbito jurídico da conservação e restauração da pintura.

2.2. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

A presente reflexão incide sobre a tutela jurídica da pintura em Portugal no âmbito da restauração e conservação. A identificação legal dos meios disponíveis a nível nacional e internacional constituem um contributo imprescindível para a tutela da pintura enquanto obra de arte.

Nestes termos, importa determinar o que se entende por restauração, conservação e protecção jurídica da pintura.

A protecção jurídica da pintura não significa apenas a necessidade de legislação mas implica, igualmente, a adopção de políticas contra o tráfico ilícito de bens culturais, pressupõe a criação e concretização de políticas públicas de tutela da arte, sem esquecer que se trata de um problema que exige cooperação internacional no combate aos crimes transnacionais.

Nesta perspectiva há ainda a considerar os casos especiais de restauração e conservação de bens nos contextos de conflito armado e de pós-conflito.

Igualmente importante é o entendimento da noção de pintura para efeitos de tutela jurídica. A pintura como obra de arte e objecto de tutela jurídica exige, primeiro, o enquadramento da noção de pintura como obra de arte e, posteriormente, a identificação das normas que na perspectiva da conservação e restauração de bens permitem a sua protecção. Assim, a primeira etapa reside no enquadramento da pintura como obra de arte. Neste sentido, é importante perceber o conceito de arte e se é, ou não, possível uma definição unânime.

Em primeiro lugar, admitindo *à priori* um conceito de arte, a primeira questão que se coloca reside em saber quem tem autoridade para o estabelecer, ou a legitimidade para definir e delimitar o seu conceito e conteúdo. Neste momento, importa considerar uma perspectiva multidisciplinar, isto é, a determinação do conceito não se resume a um requisito separado do valor social, mas convoca um conjunto de peritos, especialistas na área e na história da arte. Isto quer dizer, que não compete ao legislador, por si, ou ao aplicador da lei, definir obra de arte

20. Mais sobre este tema disponível em: Aguirre, Raúl: *El Dadaism.* Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968; e Tzara, Tristan: *Dada Manifesto 1918,* disponível em: *www.mariabuszek.com/Kcai7DadaSurrealism/DadaSurrReadings/TzaraD1.pdf.*

para efeitos de enquadramento no âmbito da tutela jurídica. Neste sentido definir legalmente o conceito de arte significaria criar um conceito fechado, o que não é compatível com a concepção da obra de arte. Por um lado, o conceito de obra de arte não poderá estar restringido a um conceito definido e imposto pelo poder, mas por outro lado, coloca-se a questão de saber se o legislador pode determinar os requisitos, mesmo que gerais, no sentido de determinar as obras a proteger, deixando ao aplicador da lei a liberdade de enquadramento, em concreto, desses mesmos requisitos. Como se depreende, o sistema de protecção, assim desenhado não protege todas as obras de arte de forma igual, mas pressupõe o cumprimento de procedimentos prévios administrativos no sentido de conceder tutela jurídica. A protecção jurídica depende, por isso, da integração das obras num certo estatuto jurídico previamente delimitado pelo legislador, interpretado pelo aplicador da lei, o qual depende de um procedimento administrativo prévio. Ora, esta complexidade do sistema dificulta o âmbito de protecção. Como veremos é este o sistema que funciona em Portugal, paralelamente ao sistema geral de protecção. Outros sistemas, nomeadamente, um sistema de tutela geral de protecção não dependente de requisitos prévios formais ou materiais, e o não enquadramento em estatutos prévios de tutela são possíveis, pois trata-se de uma opção política e esta pode ser alterada, com a finalidade de protecção eficaz do património.

A determinação das características do conceito de arte permitem distinguir um objecto de arte de um objecto comum. Sobre este tema existem diversos entendimentos, correntes de pensamento e interpretações. Desta forma, podemos ler:

– «*(...) Um objecto não é uma obra de arte enquanto tal a não ser em relação com uma interpretação. Ou então: as interpretações são as funções que transformam objectos materiais em obras de arte*»[21].

– «*(...) A arte não se situa num plano conceptual. A arte é uma sistematização dos sentimentos (...), para usar a expressão de Nicolau Bukharine num. texto citado entre nós por Alves Redol na sua pioneira conferência intitulada Arte, pronunciada em 1936. Socialização dos sentimentos ou, retomando uma expressão de Tolstoi, meio de contágio emocional (...) realização plástica da emoção a que possa chamar-se obra de arte (...) Para definir arte seria preciso definir vida; o mesmo é dizer que é impossível definir arte*»[22].

Diferentemente, entendendo que a arte não se define pelo sentimento:

– «*A filosofia idealista crociana, ao definir a arte como intuição do sentimento, afirmou claramente, por conseguinte, que ela não era nem moral nem conhecimento (...). Na arte, a pessoa forma simplesmente por formar e pensa e age para formar e poder formar*»[23].

21. Luc Chalumeau, Jean: *As Teorias da Arte. Filosofia, Crítica e História da Arte.* Instituto Piaget, 1997, p. 12.
22. Salazar, Abel: *Que é Arte?*. Campo das Letras, 2003, pp. 17, 18, 28 e 35.
23. Eco, Umberto: *A Definição da Arte.* Edições 70, 2000, p. 15.

O conceito de arte adquire um entendimento diferente consoante a perspectiva de observação ou a disciplina que a concebe, seja a filosofia, a história, a sociologia ou a estética. A multidisciplinariedade na análise do entendimento da arte é o caminho a seguir.

A arte não é sinónima de estética, tal como exemplificou Warhol, o qual ao abandonar a estética[24], fez arte. A noção de estética só surgiu no século XVIII por Baumgarten e hoje ela é entendida como uma ciência autónoma e independente com objecto próprio. Ela distingue-se de outras ciências como a história de arte[25], mas a verdade é que a estética no sentido de reflexão sobre a arte e o belo existe desde a Antiguidade, desde a estética de Platão e Aristóteles, passando pela Idade Média, Renascimento até à actualidade. Deste modo, a estética é ciência autónoma, com objecto próprio distinto da arte.

A arte, também, não é sinónima de utilidade do objecto. A obra pode ou não ter uma utilidade específica:

– *«De um modo geral, ela pode definir-se como a capacidade que o Homem possui de produzir objectos ou realizar acções com as quais-cumprindo ou não finalidades úteis, ele possa expressar ideias, sentimentos ou emoções estéticas, isto é, susceptíveis de produzir efeitos estéticos (...)»*[26].

A identificação de uma obra de arte pressupõe a análise da sua característica fundamental, ou seja, a sua autenticidade, o que por sua vez permite distingui-la da obra ilícita. Neste sentido:

– «*Authenticity is claimed to be the most important quality of artworks. When authenticating art experts decide whether a work is of real cultural and economic significance (...) Authenticity ensures that the artwork´s attribution has been accurately identified*»[27].

São várias as correntes de pensamento e áreas do saber que reflectem e pretendem definir arte de acordo com o seu próprio objecto de análise, como a psicologia da arte e a sociologia da arte[28]. Esta última reflecte sobre a arte e os contextos sociais, o consumo, a influência da arte na vida quotidiana, nas decisões colectivas e nas consequências para a sociedade. Acresce a importância da história da arte e da relação entre a economia e a arte.

O entendimento comum da multidisciplinariedade na análise da questão é fundamental para um consenso. Obviamente que a definição de uma obra como

---

24. Cauquelin, Anne: *A Arte Contemporânea*. Rés, 1992, pp. 96-105.
25. Bayer, Raymond: *História da Estética. Teoria da Arte*. Editorial Estampa, 1995, p. 13.
26. Lídia Pinto, Ana, Meireles, Fernanda e Cernadas, Manuela: *História da Arte Ocidental e Portuguesa. Das Origens ao Final do Século XX*. Porto Editora, 2001, p. 4.
27. Laure Bandle, Anne: *Fakes, Fears and Findings-Disputes over the Authenticity of Artworks*. 2013, p. 2, disponível em: *www.transnational-dispute-management.com*.
28. Lisa Tota, Anna: *A Sociologia da Arte. Do Museu Tradicional à Arte Multimédia*. Temas de Sociologia, Editorial Estampa, 2000, pp. 43-45.

arte implica a análise por especialistas ou peritos. Por outro lado, a identificação de requisitos comuns de avaliação e enquadramento é imprescindível. A legitimidade da definição e enquadramento teórico depende da autoridade académica e não do poder instituído, não académico.

Definir arte e legislar sobre a sua protecção legal são dois actos distintos. O segundo acto deveria pressupor o respeito pelo primeiro, uma vez que não compete ao legislador definir o que se entende por arte e a tutela jurídica de protecção deve, à partida, implicar uma protecção igual para as obras em respeito pelo conceito de arte enquanto bem fundamental da sociedade.

A obra de arte exprime a relação entre o artista, em particular e a sua época, pois «*(...) toda a arte é a expressão lentamente conquistada do sentimento fundamental que o artista experimenta perante o universo*»[29]. A autoridade institucional[30] de verificação do cumprimento dos requisitos como raridade da obra, impossibilidade de repetição clarifica, através dos modernos processos e técnicas, a determinação do período histórico. À raridade histórica, impossibilidade de repetição, autenticidade, acresce a determinação do período histórico da obra (contextualizar a realização da obra) e atestar tecnicamente a sua época é fundamental para integrar a pintura no conceito de arte. Neste sentido, depende de um conjunto de especialistas e peritos identificar arte.

– «*O que é arte? Tudo aquilo a que numa determinada sociedade se chama arte. Não é um objecto definido, fechado, unificado (...) Qualquer coisa pode ser arte desde que se apresente e seja socialmente aceite por um pequeno círculo de especialistas*»[31].

O conceito de arte não é um conceito fechado. Assim, também a pintura como obra de arte não é um conceito fechado e previamente estabelecido. O que se deve considerar pintura como arte para efeitos de protecção jurídica também se revela complexo. A pintura como obra de arte, enquanto conceito aberto não deve estar limitada por uma ideia de suporte. A pintura não é um conceito jurídico, nem um conceito fechado. A pintura é a «*(...) arte de representação do humano*»[32].

– «*A pintura tem por domínio a história, no seu sentido mais geral, a do indivíduo, a das nações, e da natureza. Reproduz todos os factos, todos os aspectos da criação, surpreendidos e fixos num momento dado*»[33].

Pintura significa discurso, mensagem, informação, comunicação e liberdade de expressão. Assume a sua relevância, também, como forma de comunicação, mesmo quando não existia uma estrutura de linguagem nas comunidades, a pin-

29. Malraux, André: *As Vozes do Silêncio. Colecção Vida e Cultura.* Edição Livros do Brasil, 1988, p. 147.
30. Melo, Alexandre: *Arte.* Quimera, 2001, pp. 9-10.
31. Melo, Alexandre: *Arte.* Quimera, 2001, p. 153.
32. Wagner, Richard, *A Obra de Arte do Futuro.* Antígua, 2003.
33. Salazar, Abel: *Que é a Arte?*. Campo das Letras, 2003, p. 158.

tura era a linguagem. A comunicação é um denominador comum nas artes plásticas, assim como, a relação especial entre o pintor e a sua obra.

– «*(...) Kandinsky (1910-12) concebe a pintura em processo de ruptura com a representação da natureza naturada e designa-lhe a tarefa de se construir numa base puramente espiritual*»[34].

Sobre a relação entre a pintura e o pintor podemos ler:

– «*O que se passa entre o pintor e o que ele torna visível ao nível do assunto apenas desvia a atenção do que esse pintor faz produzir-se sob o campo do representado*»[35].

A pintura enquanto arte plástica está compreendida no conceito de arte e participa de todas as características desta.

Questão fundamental é saber se existirá, nos termos legais, uma noção de pintura para efeitos jurídicos, quais os critérios jurídicos e suas consequências.

A noção de pintura como obra de arte não depende do suporte. O entendimento comum ainda segue o estereótipo da pintura, como obra de arte, como quadro, ou objecto móvel. Contudo, esta é uma ideia não rigorosa, uma vez que pintura com valor de arte não é uma noção restrita ao suporte móvel. Falar de pintura não é falar de quadros, exclusivamente[36].

A pintura para efeitos de protecção é considerada independentemente do suporte. Com efeito, quadros, frescos, papiros, madeira, pedra, azulejo, livros, bens móveis ou imóveis são considerados pintura. Deste modo podemos ler:

– «*(...) A pintura, com as suas diferentes técnicas não apenas de composição das cores, mas da maneira de as aplicar sobre o suporte, quer se trate de uma base fresco, quer seca (...) iluminura ou técnica de decoração de manuscritos, a pintura a óleo (...) suporte móvel, aguarela e guache. O mosaico, que foi chamado de «pintura em pedra» (...)*»[37].

A pintura, considerada obra de arte, é independente do suporte e, portanto, qualquer suporte faz parte do objecto de arte, assim, como engloba o leque de obras necessitadas de protecção. Neste sentido de abrangência ampla da história de arte, podemos ler:

– «*(...) A história de arte é uma ciência que se interessa por todos os períodos, por todas as artes e que acompanha a história. Toma em consideração todos os suportes e todos os meios de expressão de todas as épocas (...)*»[38].

---

34. Salazar, Abel: *Que é Arte?*. Campo das Letras, 2003, p. 29.
35. Pomar, Júlio: *Da Cegueira dos Pintores*. Imprensa Nacional, 1986, p. 12.
36. «*Ainda hoje está difundida a crença de que ocupar-se da pintura significa no fundo falar de quadros»,* disponível em: Barilli, Renato: *Ciência da Cultura e Fenomenologia dos Estilos. Teoria da Arte*. Editorial Estampa, 1995.
37. Barral i Altet, Xavier: *História da Arte*. Edições 70, 2011, p. 35.
38. Barral i Altet, Xavier: *História da Arte*. Edições 70, p. 94.

A pintura como obra de arte existe em vários suportes materiais, o que intensifica a complexidade da protecção legal.

2.3. ÂMBITO DE PROTECÇÃO LEGAL E EXEMPLOS DE PINTURA

O âmbito de protecção da pintura engloba todas as formas de pintura, assim consideradas como obras de arte, independentemente do suporte material. Neste momento, importa, exemplificar obras de pintura em diversos suportes consideradas arte, para efeitos de protecção jurídica.

No território actual de Portugal, a arte remonta há mais de 20.000 anos[39].

Os exemplos de pinturas advêm já da realidade artística pós-glacial (9000 AC). A pintura, independentemente, do suporte que a manteve intacta, e que permitiu que ela chegasse até aos nossos dias é forma de comunicação, informação, história e, essencialmente, linguagem e conhecimento.

No território português, e em geral no território da Península Ibérica, no tempo pré-histórico as pinturas nas grutas são formas comuns de expressão. As pinturas rupestres manifestam, basicamente, o quotidiano, os temas de caça e o modo de vida. É exemplar desta situação as pinturas na gruta de *El Cogul* em Espanha.

A gruta do *Escaroul* pertence à época do Paleolítico Superior e é conhecida como uma gruta decorada por pinturas a traço negro e vermelho, na qual existem pintadas caçadores ou, cujos temas são pinturas abstractas, mas em geral, representam gravações do modo de vida. Estas pinturas expressam o modo de vida quotidiano, a sobrevivência humana, e datam entre 25.000 a 18.000 anos AC e entre 18.000 a 13.000 AC[40].

Pertencendo ao Paleolítico Superior também foi encontrado na região de Freixo de Espada à Cinta, mais precisamente em Mazouco, um painel decorado com pinturas. Estas pinturas representam gravuras comparáveis às obras que foram descobertas em Espanha, em Siega Verde, perto de Segóvia e Sítio de Domingos Garcia, na zona de Salamanca[41].

As gravuras rupestres do Vale do Côa pertencentes ao Paleolítico Superior foram declaradas pela UNESCO[42] Património Mundial da Humanidade (1998). A Fundação Côa Parque tem como finalidade principal a protecção, conservação e investigação da arte rupestre. Este é um exemplo de promoção do desenvolvimento integrado de uma região baseada na protecção artística, ou seja, de conjugação entre o desenvolvimento económico e cultural[43].

39. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal*. Temas e Debates, 1999, pp. 4-6.
40. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal*. Temas e Debates, 1999, p. 7.
41. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal*. Temas e Debates, 1999, p. 8.
42. Disponível em: *www.en.unesco.org.*.
43. Disponível em: *www.arte-coa.pt*.

Os abrigos pintados são pinturas relevantes para efeitos de protecção jurídica. O painel encontrado em Cachão da Rapa (Ribalonga) é caracterizado por motivos abstractos em tons de vermelho e azul. O painel encontrado em Pala Pinta (Alijó) apresenta figuras solares[44]. Outros abrigos de pinturas existem em Portugal, nomeadamente, em Solhapa, Tragas da Lapa, Aguçadeiras Palheiros, Fragas do Diabo e Penas Róias.

Igualmente considerados pintura, os *Dómenes Coloridos* estão integradas na decoração dos megálitos portugueses em Bulhôa (Reguengos de Monsaraz) no qual se encontram desenhados figuras e linhas, como o sol circundado por linhas ondeadas. Tais pinturas estão relacionadas com o tema do simbolismo do feminino e do masculino. Por outro lado, da observação destas pinturas também se pode concluir mais sobre a história, em geral. Assim, a existência do mesmo tipo de obra no território aponta para a provável existência de uma comunidade religiosa comum ocidental na Europa[45].

A pintura romana, nomeadamente, as pinturas de cenas da mitologia, do quotidiano, da comemoração de factos históricos que se integravam na romanização e aculturação eram relevantes, por exemplo, na pintura mural. Esta pintura remonta ao tempo dos Etruscos que tinham o costume de pintar as paredes dos templos e dos túmulos como uma forma de conservar os locais e prestar homenagem a figuras divinas.

Nos mosaicos romanos, por exemplo, em Conímbriga, e em Vila de Santa Vitória do Ameixial em Estremoz, predominam os temas mitológicos. Contudo, a utilização da pintura em mosaico é uma forma de pintura usada pelos Romanos no âmbito da romanização, com o intuito da conversão pela imagem usando as potencialidades de comunicação[46].

A diversidade artística manifesta-se, por exemplo, na arte árabe em todo o território da Península Ibérica. Os Árabes entraram na Península Ibérica no ano de 711 DC e permaneceram no território actual de Portugal até ao século XIII. Com efeito, a presença rica da arte árabe introduziu manifestações artísticas de variadas componentes culturais, como a arte bizantina e egípcia. As pinturas árabes de azulejo, na arquitectura, principalmente, nas mesquitas com a adopção de painéis de pintura em azulejos constituem as formas mais comuns de contribuição da cultura islâmica, sobretudo no sul de Portugal. Elas fazem parte do processo de islamização no país. Importa, ainda referir a relevância da influência da azulejaria islâmica no desenvolvimento da pintura portuguesa em suporte de azulejo e de cerâmica[47]. A época de grande produção do azulejo remonta à azulejaria Rococó (desde 1735). O seu incremento posterior possibilitou a criação de diversas fábricas nacionais.

44. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal*. Temas e Debates, 1999, pp. 16-17.
45. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal*. Temas e Debates, 1999, pp. 30-31.
46. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal*. Temas e Debates, 1999, p. 65.
47. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal*. Temas e Debates, 1999, pp. 81-98.

O desenvolvimento da história de Portugal é retratado na pintura. Estas pinturas são o espelho das mudanças sociais, políticas, económicas e religiosas. As mudanças históricas vão manifestar-se na pintura, nomeadamente, nas Igrejas e nos Palácios. São as imagens de cenas religiosas que mais contribuíram no sentido de incentivar as encomendas e aquisições da monarquia, realizadas a partir dos centros religiosos portugueses como Coimbra, Braga, Viseu, Évora e Lisboa. Foi nesta última cidade que o pintor Jorge Afonso, no século XVI, realizou obras retabulares, a pedido da Rainha, para o Convento da Madre de Deus e para o Convento de Jesus em Setúbal[48].

Já ao nível da pintura em azulejo existem pinturas presentes em locais religiosos e em Palácios. No século XVII a cerâmica e o azulejo, como suportes de pintura, substituem outras formas de decoração, como o azulejo de origem luso-holandês, num primeiro momento fabricado pelos holandeses Adrian e Ian Van Oort.

O espanhol Garcial del Barco é um dos introdutores do azulejo de cor azul e branco em Portugal, o que é possível observar na Igreja de São Tiago de Évora desde 1699.

A produção de pintura em azulejo conheceu um forte desenvolvimento em Portugal, principalmente, nos séculos XVII e XVIII. A maioria da produção também se destinava ao estrangeiro, nomeadamente o Brasil. Assistimos, assim, a uma produção de pintura em massa para comercialização internacional. Estas pinturas destinavam-se à aplicação nas Igrejas. Nesta época, atendendo ao nível de produção, a pintura em azulejo esteve equiparada, pelo valor e importância social e comercial, à produção de pintura de tela. A produção das pinturas em azulejo é de mais fácil deslocação e aplicação, permitindo a deslocação em grandes viagens, pelo que a comercialização e os objectivos relacionados com a religião se revelam de fácil deslocação[49].

No século XI, a pintura nos livros conhecida por *Iluminuras* é comum na Europa. A pintura em livros tem como tema a religião, por exemplo, as bíblias, os manuais litúrgicos, os livros de cenas religiosas ou a decoração de letras. Este género de pinturas foi desenvolvida nos *scriptoriae* das Catedrais e nos Conventos e só pequenos grupos a eles tinham acesso. Exemplo deste tipo de pintura é o conhecido *Apocalipse do Lorvão,* o livro do autor Egeias no Mosteiro de São Mamede de Lorvão, o qual data de 1189. Este livro é composto por pinturas em ilustrações, combinação de cores e de figuras e é único em todo o mundo. As pinturas são relevantes para a valorização do livro devido à preciosidade, raridade e riqueza ornamental[50]. No reinado de D. Manuel era muito próspera a pintura em livros. A diminuição desta forma de arte aconteceu com a descoberta da imprensa.

48. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal.* Temas e Debates, 1999, pp. 225-227.
49. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal.* Temas e Debates, 1999, pp. 266-269.
50. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal.* Temas e Debates, 1999, pp. 124-126.

A pintura sobre madeira é mais uma forma de manifestação da pintura religiosa em Portugal, visível por exemplo, no conjunto de onze Tábuas pertencentes ao Mosteiro de Arouca e o Tríptico de Santa Clara.

Nas Igrejas Românicas, as pinturas sobre temas religiosos exercem um importante papel, também, doutrinal e pedagógico na época a que se referem.

Por outro lado, as pinturas em frescos nas Igrejas são raras. Exemplos destes frescos de origem quatrocentista podem ser observados na Igreja de Bravães, como a pintura sobre o Martírio de São Sebastião, na Igreja do Outeiro (Chaves), na qual se pode observar a deposição de Cristo no túmulo ou o baptismo de Cristo, e a pintura de São Cristóvão em Tomar.

Na Catedral de Braga e na Capela da Glória podem ser observados frescos do século XV. Não só nas Igrejas a pintura se manifesta em forma de fresco. Também pode ser observada a pintura do *Bom e Mau Juiz* no Tribunal de Monsaraz[51].

A pintura no Barroco, nos séculos XVII e XVIII atingiu a sua plenitude no reinado de D. João V.

No Neoclassicismo, nos séculos XVIII e XIX destacam-se, na pintura, Vieira Portuense e Domingos Sequeira.

No século XIX (1881) foi criado o *Grupo Leão*. Este grupo era composto por pintores que se reuniam numa cervejaria portuguesa de nome *Leão*. Nesse grupo discutiam-se as tendências da pintura, nomeadamente, o realismo. As reuniões foram eternizadas numa pintura de Columbano Bordalo Pinheiro denominada *Grupo Leão*[52].

No século XIX, a lei Liberal de 1834 e a extinção das Ordens Religiosa criou as condições para o Estado se tornar proprietário de diversas obras de arte.

Em 1836, D. Maria II criou a Real Academia de Belas Artes, a qual recebeu diversas obras de arte, principalmente de cariz religioso.

No século XIX e XX foi relevante a pintura de José Malhoa. No século XX, Amadeo de Souza Cardoso pintava as naturezas mortas.

O Salazarismo implementou um regime não democrático em Portugal, o que se traduziu no fechamento social, criativo, artístico e de expressão. O contexto social e político reflectiu-se na arte, ou seja, o regime passou a controlar a pintura. Nesta fase histórica, a arte passou a estar ao serviço dos regimes políticos. A arte passou a ser vista como mais uma forma de propaganda, logo tudo aquilo que não é propaganda do regime não é obra de arte. A definição de arte estava dependente das ordens políticas. O político e o poder definem e controlam a arte, por

51. Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal*. Temas e Debates, 1999, pp. 195-198.
52. Segundo a opinião de Margarida Elias, disponível em: *www.bprmadeira.org/imagens/documentos/Fielbprdigital/revistas/rev_hist_arte/2008_005_09.pdf*.

exemplo, autorizando, ou não, a criação de certas obras. Este critério político de criar as limitações e proibições da arte como forma de expressão conduziu a dois fenómenos. Por um lado, conduziu à emigração de artísticas e de pintores como Vieira da Silva. Por outro lado, levou à expressão artística da situação social e política em Portugal, como a pintura denominada Santa Maria (1961) de Joaquim Rodrigo, a qual retracta um assalto ao paquete Santa Maria por um grupo de opositores ao regime de Salazar. A expressão da oposição política e a liberdade estão presentes na informação artística. O Neo-Realismo denuncia a realidade social. A arte manifesta o poder de liberdade em oposição ao regime totalitário.

O regime democrático permitiu a liberdade artística. Com ele surgiu a proximidade da pintura às massas, ao colectivo. Para tal, foi fundamental a criação de museus.

O Museu Nacional de Arte Antiga[53] situado em Lisboa tem uma colecção importante de pintura europeia e portuguesa. As pinturas foram adquiridas por compra, resultaram de doação de particulares ou são obras da propriedade do Estado oriundas das Ordens Religiosas extintas (Lei Liberal de 1834). Obras como os *Painéis de São Vicente* e o do *Infante,* ambos do século XV de Nuno Gonçalves constam do leque de pinturas. Quanto à pintura portuguesa do século XVI há exemplos da pintura retabular cujos temas são religiosos. São exemplos, o *Retábulo da Igreja de São Francisco de Évora* de Francisco Henriques e a pintura conhecida como a *Aparição de Cristo à Virgem* de Jorge Afonso. Há exemplos de pinturas do século XVII e XIX com temas religiosos e retractos, como o *Retracto de Senhora* de autor desconhecido.

A pintura expressa as épocas e os acontecimentos históricos mais marcantes de Portugal, como a invasão francesa e o exílio da corte no Brasil.

Este Museu acolhe diversas obras da pintura europeia dos séculos XIV a XIX. Os motivos políticos, religiosos, paisagens, retractos, as naturezas-mortas dominam os temas destas pinturas. Exemplos destas pinturas são, o *Retracto de Alexandre de Médicis* de Jacopo Pontorno, a *Natureza Morta com Frutos* de Antonio de Pereda Y Salgado, e as *Ruinas de Roma Antiga* de Giovanni Paolo Pannini.

O Museu Calouste Gulbenkian, também sito em Lisboa apresenta um conjunto de obras diversificadas como, a Arte Egípcia, a Arte Greco-Romana, a Arte Islâmica, a Arte Arménia, a Arte do Livro (manuscritos iluminados, livros impressos e encadernações[54] datadas do século XIII e do século XVI de origem francesa, holandesa, italiana, alemã e inglesa), e Artes Decorativas europeias[55].

---

53. Quinta, João: *Museu Nacional de Arte Antiga*. Museus do Mundo, Centro Editor PDA, Lisboa, 2005, disponível em: *www.museudearteantiga.pt*.
54. Por exemplo, os livros *Apocalipse* (1270), e *O Livro de Horas* de Margarida de Cleves (1395-1400).
55. Disponível em: *www.museu.gulbenkian.pt*.

Os diversos exemplos de pinturas, as quais constituem obras de arte e fazem parte do património rico da cultura portuguesa demonstram claramente a necessidade de tutela jurídica da pintura em sentido amplo, ou seja, a protecção da pintura independentemente do suporte material. Não haveria justificação para proteger juridicamente a pintura em suporte de madeira e não proteger juridicamente a pintura em livro, por exemplo, apesar do seu elevado valor como obra de arte.

3. TUTELA JURÍDICA DA PINTURA EM PORTUGAL

3.1. DIREITO INTERNACIONAL

Nesta parte do estudo, a reflexão vai incidir sobre a protecção jurídica da pintura, através da identificação das normas legais relevantes para efeitos de protecção jurídica, em concreto, no âmbito da conservação e restauração das obras. Esta análise implica um triplo plano de estudo jurídico, abrangendo, assim os planos, internacional, europeu e nacional. Iniciámos, pois, esta investigação pelo Direito Internacional.

O mundo da arte é o mundo da globalização, e as suas relações são pautadas pela realidade da internacionalização. A situação concreta pode estar em ligação com vários sistemas jurídicos, ou o sistema jurídico internacional pode criar legislação para efeitos de protecção da arte, com efeitos a nível nacional.

A análise do direito internacional implica considerar a relevância das diferenças culturais e artísticas. Mas, por outro lado, essas diferenças no âmbito da protecção jurídica têm valor cultural universal.

No quadro deste tema, visa-se identificar para efeitos de tutela da pintura quais as normas internacionais mais relevantes destinadas à conservação e restauração das obras. Por outro lado, a sua identificação é crucial do ponto de vista da aplicação aos conflitos a resolver em Portugal, no sentido de determinar a legislação que vincula, os meios adequados para a tutela da pintura, e os meios jurídicos que devem ser reconhecidos no sistema legal nacional.

A CRP[56] prevê no Art. 8º as normas internacionais reconhecidas no direito nacional, ou seja, de acordo com o seu nº 1, as normas e princípios de direito internacional geral ou comum; nos termos do nº 2 as normas das Convenções internacionais ratificadas e aprovadas; ao abrigo do nº 3 todas as normas dos órgãos internacionais de que Portugal faça parte vigoram directamente (vale aqui o princípio da aplicabilidade directa) e conforme o seu nº 4, os Tratados e as normas da UE. Este artigo é o mapa principal que orienta a aplicação e respeito das normas internacionais no âmbito da conservação e restauração da pintura.

56. Disponível em: *www.dre.pt*.

A Carta de Atenas para a Restauração dos Monumentos Históricos de 1931[57], resultante da Conferência Internacional de Atenas sobre o Restauro dos Monumentos, organizado pelo Serviço Internacional de Museus, estabelece os princípios gerais destinados à protecção e conservação do património cultural. Contém regras relativas aos projectos de restauração, identifica os materiais a utilizar na restauração, e as técnicas de conservação, realçando a importância da educação na protecção dos monumentos. São de destacar no âmbito da intervenção da conservação, os princípios da colaboração entre os conservadores (técnicos) e os académicos na área científica correspondente, para a preservação das obras. O princípio do respeito pela história artística do monumento é um princípio nuclear deste diploma, norteado pelo contexto do nascimento da obra e a conservação do estilo próprio da época. De acordo com este diploma, nas situações de propriedade privada de obras artísticas que necessitem de intervenção para evitar a destruição ou prevenir danos significativos, o Estado pode intervir para implementar medidas de conservação.

A ONU[58] estabeleceu a relação entre a paz e a cultura. A promoção da cultura e da ciência contribuíram para a criação de um sistema comum de valores e entendimento focado no desenvolvimento. A UNESCO[59] é uma agência especializada da ONU, a qual visa, nomeadamente, a protecção e conservação do património cultural[60]. A UNESCO tem um papel primordial e importante na criação de legislação internacional destinada à protecção do património, incentivando à cooperação internacional e à assinatura de Convenções para a protecção das obras, conforme diz o Art. 1º da Convenção das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura[61].

A DUDH de 1948[62] é o diploma norteador dos direitos humanos a nível internacional e consagra no seu Art. 19º a liberdade de expressão. O exercício desta liberdade através de qualquer meio ou forma, como a pintura, faz parte da dignidade da pessoa humana. A criação livre através da pintura é um direito humano. Acresce que a DUDH também prevê uma norma específica para a cultura. O Art. 27º, nº 1 do diploma reconhece a todas as pessoas o direito de participar na vida cultural e de fruir das artes. A base deste direito é a liberdade de fruição, a liberdade de acesso, a liberdade de criação e, em geral, as liberdades de participação na cultura. Esta vertente democrática está presente no âmbito cultural e deve guiar a actuação dos Estados e incentivar a participação dos cidadãos no mundo artístico.

57. Disponível em: *www.patrimoniocultural.pt/media/uploads/cc/CartaAtenas.pdf.*
58. Disponível em: *www.un.org.*
59. Disponível em: *www.en.unesco.org.*
60. Disponível em: *www.en.unesco.org.*
61. Disponível em: *www.en.unesco.org.*
62. Disponível em: *www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/.../cidh-dudh.ht.*

A Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural de 1972[63] da ONU tem como objectivo proteger o património cultural e natural. É internacionalmente compreendido que as obras de arte podem correr perigo de destruição por qualquer motivo, seja por decorrência de causas naturais ou humanas. A ideia principal que preside e fundamenta este princípio é a ideia de que os bens nacionais com valor cultural e artístico, reconhecidos por peritos têm valor universal. O património cultural é um bem comum para todas as comunidades internacionais. Tal como se pode ler no preâmbulo:

– «*(...) A degradação ou desaparecimento de um bem do património cultural e natural constitui um empobrecimento efectivo do património de todos os povos do mundo*».

A Comunidade Internacional tem interesse em preservar ou proteger as obras com valor cultural e artístico, reconhecendo-lhe valor universal. Neste sentido, é importante compreender o que se deve entender por protecção internacional das obras culturais, para efeitos do sistema internacional e dos meios indispensáveis destinados à tutela internacional das obras. Com efeito, o referido diploma criou um sistema de cooperação e de assistência internacional destinado a preservar ou proteger tal património, tal como se refere no Art. 7º da presente Convenção.

O Art. 1º da Convenção apresenta a definição de património cultural. Assim, considera-se património cultural para efeitos de tutela de todas as obras, os monumentos, os conjuntos e os locais de interesse. Conforme o mesmo artigo, a pintura arquitectónica, as inscrições em grutas consideram-se obras de arte de valor universal do ponto de vista da história, da arte ou da ciência.

O Título II denominado «*Protecção nacional e protecção internacional do património cultural e natural*», no seu Art. 4º prevê e reconhece como sendo obrigação do Estado nacional de localização da obra a protecção, a conservação, a valorização e a transmissão às gerações futuras do património cultural. Essa obrigação deve corresponder à adopção, pelos Estados, de meios e instrumentos com a finalidade de tutela das obras.

A obrigação de protecção cabe em primeiro lugar ao Estado. Esta obrigação é complementada com a existência de meios internacionais de tutela. Estes meios podem ser, por exemplo, financeiros, apoio técnico, científico ou artístico.

Especificamente, as obrigações dos Estados estão previstas no Art. 5º. Com a finalidade de protecção das obras, constituem obrigações do Estado, criar uma política geral que vise determinar uma função ao património cultural e integrar a protecção do referido património nos programas de planificação geral, instituir no seu território, caso não existam, um ou mais serviços de protecção, conservação e valorização do património cultural, com pessoal apropriado, e todos os meios indispensáveis à protecção do património, incentivar o desenvolvimento de estu-

63. Disponível em: *www.unesco.org/archive/convention-pt.pdf.*

dos científicos e técnicos destinados à aplicação dos instrumentos de intervenção que permitem responder aos perigos que ameaçam o seu património cultural, deve adoptar todas as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras adequadas para a identificação, protecção, conservação, valorização e restauro do referido património, e incentivar a criação, o desenvolvimento de centros nacionais ou regionais de formação nos domínios da protecção, conservação e valorização do património cultural.

O Estado é identificado como o primeiro garante de protecção do património. Com efeito, a protecção no plano do sistema internacional surge como complementar. As obrigações do Estado reconhecidas nos instrumentos internacionais implicam a acção e adopção de um conjunto de actos.

No leque de obrigações do Estado, estão também incluídas a criação de programas educativos sobre a arte e a criação de estruturas de informação ao público. Estas obrigações que visam proteger o património cultural são obrigações de todas as pessoas e da comunidade, em geral. Nos termos do Art. 27º do mesmo diploma, todas as pessoas têm deveres em relação à protecção do património artístico. A comunidade é entendida como entidade com deveres nesta matéria.

Desta forma, compete a todas as pessoas colectivas e individuais a obrigação de proteger legalmente as obras de arte, nomeadamente, através do uso dos instrumentos legais disponíveis, o que reforça a importância de perpetuar as obras e o património cultural às gerações futuras.

O mesmo diploma prevê a criação do Comité Intergovernamental destinado à protecção do património mundial, cultural e natural (Artigos 8º a 14º). Este organismo tem competência para analisar, decidir sobre os pedidos de assistência internacional e sobre a criação do fundo de protecção (Artigos 15º a 18º).

O Título V intitula-se «*Condições e modalidades de assistência internacional*» e consagra os tipos de protecção de assistência disponíveis e indispensáveis para a tutela das obras.

As modalidades de assistência previstas no Art. 22º são variadas e múltiplas. Nas modalidades de assistência aos Estados estão incluídos os estudos sobre problemas artísticos, científicos e técnicos resultantes da protecção, conservação, valorização e restauro do património cultural, assistência através de técnicos qualificados nos domínios da protecção, conservação, valorização e restauro, fornecimento de equipamento e ajuda financeira na modalidade de empréstimo ou subvenções.

A assistência com vista à protecção das artes exige legalmente a realização de estudos científicos, técnicos e económicos, e impõe, nessa vertente, a utilização das mais modernas técnicas de intervenção nas obras com a finalidade de conservação, valorização e restauro. Nesta matéria, é imperativo respeitar a norma de utilização racional dos recursos disponíveis, nos termos do Art. 24º da mesma Convenção.

O desenvolvimento teórico de regras sobre a protecção e conservação do património também tem sido desenvolvido por organizações não-governamentais. A ICOMOS[64] é uma organização não-governamental cujo objectivo é a promoção e incentivo à aplicação de técnicas científicas destinadas à conservação e restauro das obras artísticas, assim como, a promoção e a adopção de Convenções e Recomendações internacionais respeitantes à temática da conservação e restauração. Esta organização é composta por Comités internacionais e nacionais. Os estatutos da Comissão Nacional de Portugal datam de 1980. A actuação da organização cumpre os princípios consagrados na Carta de Veneza e a implementação e desenvolvimento de programas tem sido fundamental para a protecção das obras[65].

A Carta Internacional sobre a Conservação e o Restauro dos Monumentos e dos Sítios (Carta de Veneza) de 1964[66] visa tutelar o património comum e reforça a ideia de responsabilidade mútua com o objectivo de proteger as obras e, especificamente, de as salvaguardar para as gerações futuras. As gerações futuras surgem como detentoras do património cultural artístico, pois, segundo o que é defendido:

– «*É nosso dever transmiti-los na totalidade da sua riqueza e da sua autenticidade»,* como se diz no preâmbulo. E acrescenta:

– «*Cargadas de un mensaje espiritual del passado, las obras monumentales de los pueblos continúan siendo en la vida presente el testimonio vivo de sus tradiciones seculares. La humanidad, que cada dia toma conciencia de la unidad de los valores humanos, los considera como un património común, y de cara a las generaciones futuras, se reconoce solidariamente responsable de su salvaguarda. Debe transmitirios en toda la riqueza de su autenticidade».*

O Art. 1º inclui na noção de monumento histórico, as obras de arte mesmo as que são consideradas obras de valor cultural por efeito da passagem do tempo.

A necessidade de conservação e de restauro impõe recorrer a todas as técnicas necessárias para salvaguardar o património, nos termos do Art. 2º. O presente diploma internacional apresenta como objectivos da conservação e da restauração, a manutenção das obras por motivos artísticos e históricos «*(...) salvaguardá-los não apenas como obras de arte, mas também como evidências históricas*», nos termos do Art. 3º.

A Carta contém normas específicas sobre a conservação e o restauro.

No que concerne à conservação, dispõe o Art. 7º que os monumentos são inseparáveis da sua história, pelo que:

– «*(...) Não pode ser permitida a movimentação de todo ou de partes de um monumento, excepto quando a salvaguarda desse monumento o exija, ou quando isso for justificado por interesses nacionais ou internacionais de importância excepcional».*

64. Disponível em: *www.icomos.org.*
65. Disponível em: *www.icomos.pt*; e *www.icomos.org.*
66. Disponível em: *www.patrimoniocultural.pt/media/uploads/cc/CartadeVeneza.pdf.*

Desta forma, a pintura, enquanto obra de arte, que faz parte integrante de um monumento só pode ser removida se representar o único meio de garantir a sua preservação.

O diploma apresenta uma definição de restauro, distinguindo-o da noção de conservação. Nos termos do seu Art. 9º, define-se por restauro uma operação especializada cujo objectivo é preservar, revelar o valor estético e histórico da obra, com respeito pelo material original. Este objectivo implica a realização prévia de um estudo técnico e científico do ponto de vista histórico e arqueológico. Neste sentido é relevante a adopção de técnicas tradicionais ou modernas, estas últimas utilizadas quando as primeiras se mostrem inadequadas (Art. 10º).

Por exemplo, legalmente as substituições de partes em falta devem ser realizadas no quadro da integração harmoniosa no conjunto e distinguíveis do original, para que o restauro não falsifique a obra original e o seu verdadeiro valor histórico e artístico, conforme dispõe o Art. 12º.

Por outro lado, não podem ser autorizadas adições à obra, com excepção daquelas que não desfigurem as partes do edifício, ao abrigo do Art. 13º.

O restauro implica respeitar as contribuições válidas de todos os períodos, uma vez que o objectivo do restauro não é a unidade de estilo, nos termos do Art. 11º.

A Convenção UNIDROIT sobre Bens Culturais Roubados ou Ilicitamente Exportados, assinada em Roma em 24 de Junho de 1995, incluída no quadro legal português pela Resolução da Assembleia da República 34/2000[67] prevê a protecção do património cultural. Este diploma revela a importância cultural do entendimento entre os povos através da difusão da cultura, do bem-estar da humanidade e do progresso da civilização. Este diploma estabelece um conjunto de regras que visa a luta contra o tráfico ilícito de bens culturais, os quais causam danos ao património. As regras consagradas visam regular a restituição de bens roubados e o retorno das obras retiradas do território de um Estado com violação do direito, com o objectivo de combater o comércio ilícito, prevendo, igualmente, regras e procedimentos que visam a restituição das obras.

A Convenção define bens culturais para efeitos da sua aplicação. Deste modo, nos termos do seu Art. 2º:

– «*(...) Bens culturais os bens que, por motivos religiosos ou profanos, possuem importante valor arqueológico, pré-histórico, histórico, literário, artístico ou científico e que integram uma das categorias enumeradas em anexo à presente Convenção*».

O presente diploma apresenta uma noção de obra de arte roubada. Em termos internacionais e para efeitos de aplicação da lei, entende-se por roubo, nos termos do Art. 3º, nº 2:

67. Disponível em: *www.gddc.pt/siii/docs/rar34-2000.pdf.*

– «*(...) Considera-se roubado qualquer bem cultural obtido através de escavações ilícitas –ou, tratando-se de escavações lícitas, ilicitamente retido–, desde que assim o determine o direito do Estado onde as referidas escavações tiveram lugar*».

A acção de restituição, a que se refere o presente número deve ser proposta no prazo de 3 anos, ao abrigo do Art. 3º, nº 3.

Para efeitos de retorno de bens ilicitamente exportados, importa considerar a noção legal de objecto de exportação ilícita. Desta forma, diz o Art. 5º, nº 2:

– «*Considera-se objecto de exportação ilícita o bem cultural que, tendo sido temporariamente exportado do território do Estado requerente, nomeadamente para fins de exposição, investigação ou restauração, mediante autorização emitida nos termos do direito interno que, destinando-se a assegurar a protecção do património cultural, regulamenta tal exportação, não foi devolvido em conformidade com aquela autorização*».

Os pedidos de retorno estão sujeitos a um prazo legal de 3 anos, conforme o Art. 5º, nº 5. As normas referidas não se aplicam quando legalmente deixou de haver ilicitude, ou seja, quando o bem foi exportado em vida da pessoa ou no decurso de um período de 50 anos após a sua morte, ao abrigo do Art. 7º, nº 1.

O presente diploma prevê a adopção de medidas provisórias ou cautelares a aplicar pelo Estado da localização do objecto. Tais medidas devem ser aceites mesmo que a acção principal seja intentada num país diferente, nos termos do Art. 8º, nº 3. Em conjugação com o Art. 364º, nº 5 CPC[68], quando a acção seja intentada em país estrangeiro o requerente deve apresentar uma certidão deste tribunal para fazer a prova da acção.

Uma das situações mais relevantes no âmbito da protecção das obras de arte são os casos de possíveis danos e destruição resultante dos conflitos armados. O perigo de destruição e danos permanentes constitui fundamento para a criação da Convenção destinada à protecção da propriedade cultural nos casos de conflitos armados pela ONU[69]. Para esta Convenção a protecção dos bens culturais significa a salvaguarda e o respeito pelas obras de arte, comprometendo-se a assegurar a sua imunidade. Conforme se prevê no seu Art. 5º, nº 1, em caso de ocupação territorial o património cultural deve ser salvaguardado e protegido. Contudo, esta obrigação só vincula os Estados signatários da presente Convenção.

O âmbito de aplicação do presente diploma é amplo, o que se entende devido à necessidade de protecção das obras, e ao elevado risco de destruição destas. Assim, conforme o Art. 1º, alíneas a) e b) do diploma, a noção «bens culturais» inclui os bens móveis e imóveis de elevada importância para o património cultural nos sectores históricos, da arquitectura, manuscritos, colecções e todos os trabalhos de arte, e podem incidir no plano religioso e no plano secular. Acresce ainda a in-

68. Disponível em: *www.dgpj.mj.pt/...processo/codigo-processo-civil/.../Codigo_Processo_Civil_VF.pdf.*
69. Disponível em: DR, Iª Série-A, nº 76, 30/03/2000.

clusão para efeitos de bens culturais dos museus, das livrarias e todos os edifícios destinados a proteger as obras de arte.

Este diploma contempla a protecção especial e o respectivo emblema das obras e dos edifícios com regulamentação especial relativamente à intervenção e posicionamentos militares (Artigos 8º a 10º). Está previsto o transporte em casos de urgência, quando se trata de uma obra móvel que necessite de deslocação para um local de segurança.

Nos termos do Art. 18º, nº 1, o diploma aplica-se às situações de guerra, conflitos armados entre dois ou mais países contratantes, mesmo se a guerra não for reconhecida, por um deles e, também, nos casos de ocupação territorial, ao abrigo do Art. 18º, nº 2. Como se conclui, o âmbito de aplicação da Convenção é mais amplo do que o nome dado à própria Convenção, pois não se restringe às situações de conflitos armados, mas também às situações de ocupação territorial.

Um procedimento de conciliação está também previsto na lei, precisamente, no Art. 22º. Assim, é possível reunir no sentido de resolver os conflitos sobre a aplicação ou a interpretação da lei.

A Declaração de Amesterdão de 1975[70] afirmou a relevância da «conservação integrada» e da sua conexão com os diversos factores sociais, apontando para a responsabilidade das autarquias locais na protecção do património.

A Convenção sobre a Protecção e Promoção da Diversidade de Expressões Culturais (Paris, 2005)[71] valoriza a diversidade de expressões artísticas enquanto característica da humanidade e como instrumento de desenvolvimento e cooperação. Apresenta como objectivo principal a protecção e promoção da diversidade de expressão cultural, conforme o Art. 1º, alínea a). Por sua vez, o Art. 2º consagra os princípios que devem orientar a aplicação da Convenção, ou seja, os princípios do respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, o princípio da soberania, o princípio da igual dignidade e respeito por todas as culturas, o princípio da solidariedade internacional e cooperação, o princípio da complementaridade económica e cultural, o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio do acesso equitativo e o princípio da abertura e equilíbrio no âmbito da protecção das obras e da aplicação do diploma.

O presente diploma e os princípios previstos têm importância, nomeadamente, no âmbito da definição das políticas culturais e das medidas a adoptar pelos Estados partes, nos termos do Art. 3º.

O âmbito de aplicação do diploma incide sobre o conceito de expressões culturais, ao abrigo do Art. 4º, nº 3:

70. Disponível em: *www.5cidade.fileswordpress.com/2008/03/declaracaodeamesterdam.pdf.*
71. Disponível em: *www.unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf.*

– «*Cultural expressions are those expressions that result from the creativity of individuals, groups and societies and that have cultural content*».

A participação da sociedade civil deve ser incentivada no sentido da promoção das expressões culturais e promoção da diversidade, assim como, no plano da protecção das expressões através da livre expressão e da continuidade das obras, conforme diz o Art. 11º.

No plano do direito processual civil transnacional, tendo em atenção, o aumento das transacções comerciais, foi indispensável criar um diploma com a indicação dos princípios a respeitar nas disputas comerciais. Assim, surgiu o *ALI/ Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure,* o qual foi adoptado pelo *American Law Institute (ALI)* em Maio de 2004 e pelo *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)* em Abril de 2004[72]. Os mais importantes princípios são os da independência, imparcialidade, qualificação judicial, a jurisdição sobre as partes, princípio da equidade, direito ao acompanhamento por advogado, direito a ser ouvido, direito à resolução da disputa dentro de um tempo razoável e responsabilidade do tribunal na gestão do processo. O processo é divido em três fases, denominadas *pleading phase; interim phase* e *final phase.* Igualmente relevante é o ponto número 31 deste diploma, no qual se prevê o princípio internacional de cooperação judicial. Desta forma se diz:

– «*The Courts of a State that adopted these principles should provide assistance to the Courts of any other State that is conducting a proceeding (...)*».

Estamos no plano da cooperação judicial internacional no âmbito da resolução de conflitos relacionados com as obras de arte, o qual convoca o tema do reconhecimento internacional das decisões sobre disputas comerciais de arte.

Os *Princípios de la Valeta*[73] sobre a salvaguarda e gestão das áreas urbanas históricas, adoptados pela XVII Assembleia Geral da ICOMOS[74] de 28 de Novembro de 2008, incidem na protecção e conservação do património cultural relativo aos bens imóveis e móveis (objectos materiais), como elementos arquitectónicos. Estes espaços fazem parte da vida quotidiana, pelo que se revela fundamental a sua protecção e integração na sociedade actual. As principais regras a seguir no sentido de proteger as obras são as regras de protecção, conservação, gestão e adaptação à sociedade moderna, a regra da zona urbana protegida, nomeadamente, os monumentos de expressão cultural, a regra do plano de gestão sobre as necessidades de protecção, os instrumentos necessários à protecção do património, as regras da boa governança que facilitem a participação da cidadania, a regra da cooperação

72. Disponível em: *www.unidroit.org/.../ali-unidroitprinciples-e.pdf.*
73. Disponível em: *www.todopatrimonio.com/.../427-principios-de-la-valeta-para-la-salvaguardia-y-gestion-de-las– problacions-y-areas-urbanas-historicas.*
74. Disponível em: *www.icomos.org.*

multidisciplinar, da diversidade cultural, que significa a protecção e o equilíbrio do património histórico e cultural.

No seu ponto 4, o documento estabelece um conjunto de elementos que, no contexto da protecção da obra, devem ser respeitados. Estes elementos são a autenticidade, integridade, a forma urbana definida, a forma e aspecto dos edifícios, nomeadamente, através da estrutura, volume, estilo, materiais, cor e decoração. Acresce que as novas funções dos edifícios, por exemplo, devem ser compatíveis com o respeito pela diversidade cultural histórica, e pelos diversos contextos históricos e urbanos.

A protecção das obras está também associada à protecção do espírito dos lugares e à tutela do desenvolvimento sustentável. Portanto, a protecção das obras e da pintura abrange o contexto no qual se encontram. Com efeito, na Assembleia Geral da ICOMOS de 29 de Setembro de 2008, foi assinada a Declaração de Québec[75] sobre a preservação do *Spiritu loci*. Esta Declaração é composta por um conjunto de princípios e recomendações destinadas a proteger o património cultural. Baseada na ideia de que a vida social e espiritual dos lugares está associada ao património cultural dos locais, a Declaração entende que a preservação do património deve ter em conta a diversidade cultural e plural das sociedades. Para o efeito, definem o espírito do lugar como o conjunto de elementos tangíveis (sítios, edifícios, objectos) e intangíveis. Como diz no seu ponto nº 1:

– «*(...) O património cultural intangível confere um significado mais rico e mais completo ao património como um todo, e deve ser considerado em toda e qualquer legislação referente ao património cultural e em todos os projectos de conservação e restauro para monumentos, sítios (...) e acervos de objectos*».

O diploma preocupa-se com a necessidade de definir uma estratégia cujo objectivo é o de evitar e prevenir a degradação do património. Como factores de degradação e riscos, identifica no seu nº 4, as mudanças climáticas, o turismo em massa, os conflitos armados e o desenvolvimento urbano. O diploma reforça a importância, no âmbito da protecção, da educação, inclusão de peritos de várias áreas na definição multidisciplinar de políticas, a aposta de novas normas legais e a utilização de modernas tecnologias.

A Declaração de Lima[76] sobre a gestão do risco de desastre do património cultural, considerando que existe risco de destruição do património por motivo de terramotos, fundamenta a necessidade de prever medidas destinadas a salvaguardar o património. Mais uma vez, a educação surge como componente da preservação do património, de acordo com o nº 5. Foi estipulado:

75. Disponível em: *www.international.icomos.org/quebec2008/quebec.../GA16_Quebec_declaration.pdf/GA16_Quebec_Declaration_Final_PT.pdf.*
76. Disponível em: *www.iesalc.unesco.org.ve/.../agenda/Declaration_Lima_portugues.pdf.*

«1. World Heritage Convention has emphasized the responsibility of each State Party to formulate national policies for the protection of cultural heritage;

2. In response to disasters, the first priority is to save human life and provide for the basic needs of victims. Next, emergency response and recovery should avoid further harm to cultural heritage; (...)

10. In the context of the World Heritage Convention and other international instruments, adopt and implement comprehensive policies, procedures, and legal measures to integrate cultural heritage in all disaster reduction programs and to include risk management plans as part of the management system for heritage properties».

A responsabilidade do Estado é realçada no plano da protecção das obras. O nº 2 é claro no estabelecimento de prioridades. Qualquer actuação na resposta a desastres ou conflitos deve respeitar o património. A protecção das obras deve fazer parte do plano global de gestão do risco nacional.

No que concerne, especificamente, à pintura surgem os Princípios para a Preservação e Restauração de Pinturas Murais (2003)[77] adoptados pela 14º Assembleia Geral da ICOMOS. O presente diploma visa proteger as pinturas murais, desde as pinturas da arte rupestre às pinturas murais da modernidade.

As pinturas murais fazem parte da obra imóvel como um todo portanto, a maioria dos problemas que exigem a conservação e a restauração resultam da degradação de todo o edifício. Acresce que as intervenções inadequadas ou por pessoas sem capacidade técnica constituem factor de risco e perigo para a pintura. O Art. 1º intitulado pinturas de protecção consagra a necessidade de criação de listas e inventários como forma de protecção das pinturas. O Art. 2º obriga a que todos os projectos de conservação, e restauração devam iniciar-se com um estudo científico e rigoroso. O Art. 3º revela a importância da documentação. Assim, qualquer acto de conservação e restauração deve ser acompanhado por programas de documentação. O Art. 4º denomina-se conservação preventiva, manutenção e gestão do lugar. A conservação preventiva é composta por uma série de medidas que visam reduzir a degradação das pinturas murais. Permite, deste modo, identificar previamente os processos de degradação, mesmo os ambientais e actuar sobre eles no tempo adequado. Nos termos do Art. 5º, todas as intervenções numa obra devem considerar o valor das pinturas nela incluída.

Todas as fases de um projecto de conservação e restauração devem ser acompanhadas por peritos e objecto de autorização pelas entidades competentes. Deve evitar-se, em qualquer caso, afectar a autenticidade da obra.

Por vezes é necessário recorrer a medidas de emergência para evitar a destruição das pinturas. O Art. 6º refere que nos casos de urgência, as técnicas

77. Disponível em: *www.5cidade.files.wordpress.com/2008/03/principios-para-a-preservacao-das-pinturas-murais.pdf.*

a usar devem permitir um tratamento posterior. As deslocações das pinturas devem ser actos a evitar, mas quando necessárias devem ser realizadas por profissionais. O Art. 7º incentiva a investigação de projectos. A investigação sobre as técnicas a aplicar nas obras é fundamental para a preservação das obras. A necessidade de conhecimentos e formação especializada está prevista nos Artigos 8º a 10º, assim como a importância da colaboração e da partilha desses mesmos conhecimentos.

A preservação do património artístico é factor de desenvolvimento cultural, social e económico. A contribuição das artes para o desenvolvimento nacional e o incremento das relações internacionais é fundamental. Neste sentido, surge a Declaração de Paris sobre o Património Comum, motor de desenvolvimento adoptada pela UNESCO a 1 de Dezembro de 2011[78]. A presente Declaração reúne um conjunto de princípios e recomendações sobre a protecção do património no âmbito da conservação, a qual se encontra dividida em cinco partes. A primeira sobre o património e desenvolvimento territorial, a segunda sobre a conservação, a terceira sobre turismo e desenvolvimento, a quarta sobre património e economia e a quinta incide sobre o papel das populações. Alguns dos mais importantes princípios e regras são a conservação da reabilitação patrimonial; o desenvolvimento territorial equilibrado, no sentido de repartir harmoniosamente as actividades culturais, de educação e de turismo; encorajar a conservação selectiva do património; no âmbito da conservação e preservação, sensibilizar para as questões relacionadas com o turismo e o desenvolvimento; integrar as questões da conservação e preservação no plano do turismo cultural; educar a sociedade e, em particular, os jovens sobre o valor do património cultural e da arte; gerir o património de modo a transmiti-lo às gerações futuras; e o princípio da preferência da restauração do património à sua demolição. Com efeito, a conservação e restauração são prioridades no plano da intervenção. Também significa que a decisão de destruição deve ser precedida de um estudo que justifique a possibilidade (ou não) de protecção das obras através da conservação ou da restauração.

O combate ao tráfico ilícito de obras de arte tem sido uma das prioridades da INTERPOL[79], organização da qual Portugal faz parte. A INTERPOL criou bases de dados e informações sobre os crimes transnacionais que envolvem a arte. Nesta área, igualmente importante para o combate do crime transnacional é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional[80]. O seu objectivo é promover a cooperação para prevenir e resolver este tipo de violações.

78. Disponível em: *www.en.unesco.org*.
79. Disponível em: *www.interpol.int*.
80. Disponível em: *www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1710*.

3.2. DIREITO EUROPEU

Neste momento importa olhar para o regime jurídico europeu. Deste modo relevam as normas do direito europeu e as regras ou princípios do Conselho da Europa.

3.2.1. União Europeia

Neste momento a análise incide sobre a legislação criada pela UE sobre arte e cultura, com especial relevo para a tutela da pintura. Iniciamos com o TFUE[81].

O Art. 3º, nº 3 TFUE consagra o dever de respeito por todo o património no território dos Estados membros. Deste modo:

– «*A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu*».

A Declaração de Amesterdão de 1975 afirmou a importância do património cultural para a percepção da história e valores comuns. Este documento aponta para a solução do intercâmbio de ideias e de informações sobre, nomeadamente, as técnicas de conservação e protecção. A Declaração apela à ideia de «conservação integrada», nomeadamente, através da adopção de medidas que incentive a participação dos cidadãos. Por sua vez, o Art. 6º, al. c) do mesmo diploma refere-se à competência da União no âmbito da intervenção legislativa ou intervenção no plano da definição e concretização de políticas de apoio. Neste sentido:

– «*A União dispõe de competência para desenvolver acções destinadas a apoiar, coordenar ou completar a acção dos Estados membros. São os seguintes os domínios dessas acções, na sua finalidade europeia: – a cultura (...)*».

Com efeito, através desta norma é possível compreender o âmbito de intervenção da União no âmbito da arte. A UE tem competências de apoio e de coordenação, e também lhe é reconhecida competência complementar das acções dos Estados.

O Art. 167º TFUE dispõe no seu nº 1:

– «*A União contribuirá para o desenvolvimento das culturas dos Estados membros, respeitando a sua diversidade nacional e regional, e pondo simultaneamente em evidência o património cultural comum*».

A UE reconhece a existência de um património comum na Europa, e adopta, simultaneamente, um princípio de valorização e respeito pela diversidade cultural e artística.

81. Disponível em: *www.europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf.*

Já o nº 2, do mesmo artigo identifica e enuncia os objectivos da intervenção no plano da protecção geral da arte e da pintura:

– «*A acção da União tem por objectivo incentivar a cooperação entre Estados membros e, se necessário, apoiar e completar a sua acção nos seguintes domínios:*

– *Melhoria do conhecimento e da divulgação da cultura e da história dos povos europeus;*

– *Conservação e salvaguarda do património cultural de importância europeia;*

– *Intercâmbios culturais não comerciais;*

– *Criação artística e literária não comerciais;*

– *Criação artística e literária, incluindo o sector audiovisual*».

A protecção da arte é pensada em geral, como tutela da cultura. O diploma estabelece os princípios gerais de intervenção. A protecção da cultura é olhada também no sentido da cooperação e comunicação com terceiros países e organizações.

No âmbito da relação artística com países terceiros à UE, está previsto no seu nº 3:

– «*A União e os Estados membros incentivarão a cooperação com os países terceiros e as organizações internacionais competentes no domínio da cultura, em especial com o Conselho da Europa*».

O princípio da cooperação no mundo da arte é um princípio norteador da relação entre os Estados membros, da cooperação da União com os Estados membros, de ambos com países terceiros e organizações internacionais.

A CDFUE[82], a qual apresenta o mesmo valor jurídico dos Tratados, nos termos do Art. 6º TUE[83] contém as seguintes normas relativas à arte (e pintura), o Art. 13º, o qual estipula a liberdade das artes e das ciências e o Art. 22º sobre a diversidade cultural, religiosa e linguística:

– «*A União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística*».

Ambos, liberdade e respeito pela diversidade artística, constituem direitos fundamentais no quadro legal europeu.

A UE demonstrou preocupação quanto à circulação ilícita de bens culturais. A prevenção e o combate ao tráfico de obras são fundamentais para garantir a sua conservação e restauração.

A Directiva 93/7/CEE, de 15 de Março[84], relativa à restituição dos bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado membro, prevê as regras a

82. Disponível em: *www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.*
83. Disponível em: *www.europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf.*
84. Disponível em: *www.eur-lex.europa.eu.*

seguir para a restituição das obras. Assim, respeitando os princípios da concertação e cooperação, um Estado membro pode intentar uma acção de restituição contra o possuidor de uma obra localizada noutro Estado membro, mas deve informar as autoridades desse país, conforme os Artigos 5º e 6º. A acção de restituição das obras é fundamental para repor a legalidade e a justiça, mas como se pode concluir as relações diplomáticas entre os diferentes países envolvidos e as relações no campo da arte são tidas em consideração na elaboração legislativa europeia. Apesar desta directiva ter contribuído para a criação de um sistema europeu de protecção de bens culturais, a verdade é que os prazos curtos de proposição da acção limitavam o sistema legal de restituição das obras de arte. Com efeito, surge a directiva 2014/60/UE, de 15 de Maio relativa à restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado membro. Esta directiva revoga a anterior, mas só com efeitos a partir de 19 de Dezembro de 2015. Acresce ainda que esta directiva apenas se aplica a bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado membro no dia, ou a partir de 1/1/93. Ora, isto significa que identificar a legislação aplicável, a cada caso concreto pressupõe identificar, por um lado, o prazo de transposição da directiva pelo Estado membro, e por outro lado, a data de saída do bem do território do Estado membro, conforme os arts. 14º e 20º. A nova directiva prevê uma acção de restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do património do Estado membro, e fixa prazos de prescrição. Assim, nos termos do art. 8º, a acção prescreve no prazo de 30 anos, ou no prazo de 75 anos, neste caso tratando-se de bens pertencentes a colecções públicas, a inventários ou outras instituições religiosas, a não ser que, por acordo bilateral, seja fixado um prazo superior a 75 anos. Ainda neste contexto, conforme o Regulamento (CE) 1526/98 da Comissão de 16 de Julho[85], a exportação de bens culturais está sujeita a três tipos de autorizações. Nos termos do seu nº1 essas autorizações denominam-se normal, aberta específica e aberta geral, e o seu âmbito de aplicação depende do caso concreto. Esta legislação cuja aplicação é directa, nos termos do Art. 288º, 2º parágrafo TFUE, em todos os Estados membros, veio reforçar a protecção das obras de arte. A imposição de autorização permite sujeitar as obras às técnicas que visam a conservação e a restauração.

3.2.2. Conselho da Europa

No contexto do Conselho da Europa, surge a CQCE/2005, relativa ao Valor do Património Cultural para a Sociedade[86]. A presente Convenção-Quadro apresenta um conceito amplo e multidisciplinar de património cultural e reforça a necessidade de apoio à proximidade no contexto da relação entre diferentes culturas e religiões.

O diploma define património cultural, nos termos do Art. 2º, al. a):

– «*O património cultural constitui um conjunto de recursos herdados do passado que as pessoas identificam, independentemente do regime de propriedade dos bens, como um reflexo e*

85. Disponível em: Joue, L 201/47, 17.7.98 e *www.eur-lex.europa.eu*.
86. Disponível em: *www.gddc.pt*.

expressão dos seus valores, crenças, saberes e tradições em permanente evolução. Inclui todos os aspectos do meio ambiente resultantes da interacção entre as pessoas e os lugares através do tempo».

Por sua vez, o Art. 1º estabelece direitos e obrigações relacionados com a arte. Assim, está consagrado na al. a) o direito ao património cultural, enquanto direito inerente ao direito de participar na vida cultural. A al. b) do mesmo Art. estabelece a responsabilidade individual e colectiva perante o património cultural, enquanto a al. c) prevê a necessária preservação do património cultural, assim como a sua utilização sustentável, e apresenta como finalidade primordial o desenvolvimento humano e a qualidade de vida.

Este diploma reconhece a existência e promove a protecção do património comum da Europa.

Neste sentido, nos termos do Art. 3º:

– «*As Partes acordam em promover um reconhecimento do património comum da Europa que abrange:*

a) Todas as formas de património cultural na Europa que, no seu conjunto, constituam uma fonte partilhada de memória, compreensão, identidade, coesão».

A cultura e a pintura enquanto forma de arte incentivam a cooperação e a partilha de valores comuns.

Os direitos e responsabilidades relativos ao património cultural estão consagrados no seu Art. 4º. Está, assim, contemplado o direito de cada pessoa a beneficiar individual ou colectivamente do património cultural, e de contribuir para o seu enriquecimento. Está, igualmente prevista, a obrigação de respeitar o património cultural europeu.

Legalmente, os Estados têm o dever de reconhecer o interesse público do património e de valorizar o património cultural através da sua identificação, estudo, interpretação, protecção e conservação. Nos termos do Art. 5º, alíneas a) e b) compete ao Estado promover a protecção do património cultural. A protecção, em geral, do património visa a conjugação do desenvolvimento sustentável, da diversidade cultural e da criação contemporânea, enquanto objectivos comuns.

Por sua vez, o Art. 9º refere a utilização sustentável do património cultural no quadro da preservação geral do património.

A protecção da arte e da pintura apela à conservação do património, através da regulamentação técnica apropriada, da promoção da utilização de materiais, técnicas e aptidões tradicionais adequadas à preservação do bem. O objectivo é promover uma elevada qualidade técnica e artística nas intervenções apostando em sistemas de qualificação credíveis e na acreditação de profissionais, empresas e instituições.

O Art. 11º prevê a organização das responsabilidades públicas em matéria de património cultural. As organizações não-governamentais que actuam no plano da conservação devem ter como princípio norteador a prossecução do interesse público. Assim, está consagrado na al. e) «*encorajar as organizações não-governamentais interessadas na conservação do património a actuarem no interesse público*». O que se compreende visto que a arte e a pintura são obras de valor comunitário de interesse comum para a sociedade.

O dever de proteger a arte pertence a todas as pessoas, pelo que deve ser promovida a participação individual e colectiva nos processos de conservação, restauração e, em geral, no processo de protecção global das obras, conforme o disposto no Art. 12º, al. a):

– «*Encorajar todas as pessoas a participar no processo de identificação, estudo, interpretação, protecção, conservação e apresentação do património cultural*».

Nos termos do disposto no Art. 14º, sobre património cultural e sociedade da informação:

– «*As Partes comprometem-se a desenvolver a utilização da tecnologia digital a fim de reforçar o acesso ao património cultural e aos benefícios que lhe são inerentes:*

b) Favorecendo normas compatíveis à escala internacional em matéria de estudo, conservação, valorização e segurança do património cultural, combatendo o tráfico ilícito no domínio dos bens culturais;

d) Reconhecendo que a criação de conteúdos digitais em matéria de património não deve prejudicar a preservação do património existente».

Deste modo, a conservação e preservação do património cultural e da pintura assume um papel importante no processo de democratização cultural, e de integração de diversas áreas, as quais promovem o desenvolvimento económico.

3.3. DIREITO PORTUGUÊS

No sistema jurídico português, as formas de solução jurídica variam consoante o ramo jurídico a aplicar no caso concreto. Assim, de acordo com os critérios legais comuns, e o tipo de relação jurídica em causa, pode ser convocado qualquer ramo jurídico como o direito civil, comercial, administrativo e penal.

Cada um desses ramos jurídicos e seus respectivos instrumentos legais possibilitam o exercício dos direitos respectivos e aplicam-se dependendo das circunstâncias. Não podemos olvidar que no âmbito da resolução de conflitos se deve analisar a aplicação do direito internacional. Isto quer dizer que a exigência de protecção de uma obra de arte específica pode resultar das obrigações do direito internacional.

Esquematicamente identificamos duas tendências de protecção. Uma é a protecção geral, com a aplicação dos direitos e meios legais comuns previstos para todas as situações, no âmbito do direito civil, comercial ou administrativo. A segunda é a existência de uma acção prevista numa lei específica destinada à protecção de obras de arte, como a pintura. Como vamos entender, os meios nacionais específicos, pensados e previstos para a arte, são muito limitados e restritos.

A primeira tarefa, perante um problema jurídico relacionado com obras de arte, no plano nacional, é determinar qual o regime jurídico a aplicar ao caso concreto, ou seja, o regime do direito civil, comercial, ou administrativo. Por outro lado, atendendo à situação específica deve ser ponderada a intervenção do direito penal.

Importa, assim, determinar a relação jurídica subjacente no caso concreto para determinar a aplicação das regras do ramo de direito correspondente.

O CCom[87] aplica-se aos actos de comércio, independentemente de as pessoas intervenientes serem ou não comerciantes, de acordo com o Art. 1º. No âmbito do direito comercial são relevantes as regras de classificação sobre compras e vendas comerciais. Deste modo, nos termos do Art. 463º daquele CCom o contrato de compra e venda de coisa móvel fica sujeito ao regime comercial, quando existe o intuito de revenda. No entanto o Art. 464º do mesmo diploma exclui da aplicação da lei comercial as compras de coisas móveis destinadas ao uso, ou consumo do comprador ou da sua família e as revendas, assim como, as compras que os artistas fazem de objectos para os transformarem ou aperfeiçoarem nos seus estabelecimentos, e as vendas de tais objectos após tal transformação ou aperfeiçoamento. Nestes casos, o contrato está sujeito ao regime do direito civil.

Quando está em causa a aquisição de objectos para uso não profissional podemos estar perante a aplicação do regime jurídico sobre o consumo. A lei de protecção do consumidor (lei 47/2014[88]) prevê vários direitos incluindo o direito à qualidade dos bens e serviços [al. a)]; à prevenção e à reparação dos bens patrimoniais ou não patrimoniais [al. f)]; à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta.

O tratamento das questões jurídicas relativas à pintura são os mesmos de qualquer outra coisa ou valor, para o direito civil. Com efeito, é considerado coisa nos termos do Art. 202º CCiv[89]:

– «1. *Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas*».

Quanto à classificação de coisas, nos termos do Art. 203º:

– «*As coisas são imóveis ou móveis (...)*».

Ao abrigo do Art. 204º, nº 1 são coisas imóveis:

87. Disponível em: *www.im.mj.pt*.
88. Disponível em: DR, 1ª Série, nº 143, de 28 de Julho de 2014.
89. Disponível em: *www.dgpj.mj.pt*.

a) Os prédios urbanos e rústicos;

e) As partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos.

3. É parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência».

Em relação às coisas móveis, são todas as que não estão compreendidas no Art. 204º, conforme indica o Art. 205º, ambos do CCiv. Com efeito, uma pintura com suporte imóvel é ela mesma um imóvel, pois é parte integrante, mas quando desligado do bem imóvel passa a classificar-se juridicamente como móvel.

No âmbito do direito civil, os conflitos jurídicos que envolvem obras de arte estão sujeitos aos mesmos meios e instrumentos legais consagrados para os restantes casos. Conforme diz o Art. 2º, nº 2 CPC para todo o direito corresponde uma acção destinada a exercer esse mesmo direito, assim, como uma forma de realização coerciva das acções.

Para além das acções, a lei prevê as providências cautelares, as quais podem ser instauradas como preliminar ou incidente da acção principal, nos termos do Art. 364º, nº 1 CPC, desde que se fundamente o receio de lesão grave e de difícil reparação, como resulta do Art. 362º, nº 1 CPC.

A lei prevê os procedimentos cautelares, comum e especificados. Nos casos de protecção legal das obras de arte, a parte pode usar o procedimento cautelar comum (Art. 362º e seguintes CPC) e, no quadro dos procedimentos cautelares especificados, o procedimento cautelar de restituição provisória da posse, nos casos de esbulho violento (Art. 377º e seguintes do CPC) e o embargo de obra nova (Art. 397º e seguintes do CPC). A diferença não se encontra na qualidade do objecto como obra de arte, mas nos pressupostos legais que admitem ou não a providência. A qualificação do bem como pintura não confere uma especial protecção legal.

A lei prevê a possibilidade de o Estado e pessoas colectivas públicas embargarem obras que violem a lei. Assim:

– «1. *Quando careçam de competência para decretar embargo administrativo, podem o Estado e as demais pessoas colectivas públicas embargar, nos termos desta secção, as obras, construções ou edificações iniciadas em contravenção da lei ou dos regulamentos».*

A lei concede ao poder público a legitimidade para intervir com o objectivo de proteger, através do embargo, obras que violem a lei e, que representem um risco e um perigo para uma obra de arte.

Não existe uma legislação especial que tenha na sua base a protecção legal da pintura como obra de arte. O legislador não contemplou um diploma de aplicação especial aos casos de arte, nomeadamente, fundamentando a adopção do diploma com base na cultura e o valor da arte como valores fundamentais da sociedade. A resolução de problemas jurídicos no âmbito da arte significa conside-

rar a pintura como uma coisa, nos mesmos termos de qualquer outro bem móvel ou imóvel dependendo do suporte.

A CRP estipula os direitos fundamentais no âmbito da pintura. Assim, o Art. 42º CRP consagra a liberdade de criação cultural. A liberdade de criação intelectual e artística está consagrada no nº 1, enquanto o nº 2 explica, de forma não exaustiva o conteúdo da liberdade:

– «*Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor*».

O conteúdo da liberdade artística é mais amplo do que o definido pela lei. Abrange, por exemplo, a liberdade de participação artística e intelectual tal como definida na DUDH. Não poderia ser de outra forma, por força da cláusula de recepção do direito internacional prevista no Art. 8º, nº 1 CRP, segundo a qual as normas e princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte do sistema jurídico português. Acresce que o âmbito e sentido dos direitos previstos na CRP estão sujeitos à interpretação, e esta é a interpretação conforme com a DUDH, nos termos do artigo 16º, nº 2. Com efeito, a norma constitucional sobre liberdade artística é susceptível de interpretação extensiva conforme com a interpretação e sentido da DUDH.

A CRP, enquanto Lei Fundamental estabelece os limites no contexto do poder estadual sobre a arte e a pintura, estabelecendo o princípio fundamental da liberdade de criação, manifestação e expressão, sob qualquer forma. Significa que o Estado não pode intervir e controlar a arte impondo uma determinada corrente ou impedindo o desenvolvimento normal do pensamento artístico. O Estado não pode programar a cultura, nos termos do Art. 43º, nº 2 CRP. Assim, se evita a utilização da arte e da pintura como meios de propaganda de um regime, como aconteceu durante o Estado Novo.

Acresce que todos os cidadãos têm direito à cultura, conforme o Art. 73º, nº 1 CRP. Este direito fundamental de acesso à cultura implica a criação de condições materiais de acesso, apreciação e aquisição da arte. A democratização da cultura incentiva o exercício da liberdade de personalidade através da pintura, incentiva o estudo das artes e a criação de espaços destinados à promoção da cultura.

O Art. 78º CRP consagra o direito de fruição e criação cultural, no seu nº 1:

– «*Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural*».

O dever de salvaguardar, proteger a herança patrimonial e a arte significa conservar e restaurar as obras.

Os conceitos de conservação e restauração não são sinónimos para os efeitos da lei.

As noções de conservação e restauração implicam uma actuação diferenciada no plano da intervenção artística. Distinto da conservação, e em termos de rigor científico, o restauro é considerado uma etapa complementar no plano da conservação. Ao restauro aplica-se o princípio da intervenção mínima.

O Instituto Português de Conservação e Restauro tem como objecto e actividade a conservação do património cultural. Nos termos do Art. 2º, nº 1 do Decreto-Lei 342/99 de 25 de Agosto[90], constitui objectivo nesta temática, assegurar o desenvolvimento das medidas de política e o cumprimento das obrigações do Estado no domínio da salvaguarda do património cultural móvel [al. a)], promover, assegurar e divulgar a investigação na área de conservação [al. b)], certificar a qualificação de entidades públicas ou privadas, colectivas ou individuais, que exerçam actividades de conservação e restauro do património cultural móvel e integrado [al. d)], promover a conservação aplicada ao património cultural móvel e integrado, através de uma política de contratualização com outras pessoas colectivas públicas e privadas e em articulação com as políticas definidas para o sector [al. e)], superintender e assegurar a qualidade científica e técnica dos trabalhos de conservação e restauro dos bens culturais de reconhecido valor histórico, artístico, técnico ou científico [al. f)], e realizar trabalhos de conservação e restauro de bens culturais móveis e integrados de reconhecido valor histórico, artístico, técnico ou científico [al. i)].

As atribuições do Instituto estão contempladas no Art. 3º, al. m) do referido diploma. Deste modo compete-lhe:

– *«Efectuar trabalhos de conservação e restauro de bens culturais de reconhecido valor histórico, artísticos, técnico ou científico que possam constituir-se como referência da actividade de salvaguarda e conservação do património cultural»*.

O Instituto tem um papel nuclear e de referência no âmbito da conservação e restauro do património e da pintura. Como se conclui, compete-lhe desde logo zelar pelo cumprimento das obrigações estatais, reconhecendo assim as obrigações do Estado relativas à protecção da pintura. Acresce a sua participação neste domínio no âmbito dos poderes de certificação, promoção, superintendência e realização prática dos trabalhos de conservação e restauro.

O Instituto tem um departamento de Conservação. Assim, de acordo com o Art. 12º, compete a este organismo emitir, quando solicitado parecer sobre as propostas de trabalhos de conservação e restauro da responsabilidade de outras entidades [al. g)], assim como, supervisionar e apoiar trabalhos do ponto de vista técnico e científico, conforme a al. h).

A Lei consagra a existência de outro organismo no Instituto. Este organismo conhecido como Oficina tem competência sobre as obras de arte, do ponto de vista

90. Disponível em: *www.dre.pt*.

da conservação e restauro, nomeadamente, no contexto da desmontagem e montagem de peças de bens culturais em tratamento e, ainda, no âmbito das embalagens das obras de arte, conforme previsto no Art. 12º, nº 2 do referido diploma.

A Lei 107/2001, de 8 de Setembro[91] estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. Este diploma acentua a relevância da protecção jurídica das obras de arte, e da pintura para a identidade nacional e democracia.

Com efeito, a protecção legal da pintura na Ordem Jurídica Portuguesa implica o respeito por diversas etapas ou processos, isto é, a classificação, a inventariação e o registo das obras. A protecção, para efeitos de aplicação desta lei, depende de um procedimento administrativo com prazo legal estipulado, ou seja, o prazo máximo de um ano.

As formas de protecção legal das obras são distintas conforme sejam, identificadas como bem classificado ou em vias de classificação, estabelecendo-se a diferenciação entre a protecção de bens culturais classificados e a protecção de bens inventariados.

Deste modo, a protecção jurídica, prevista na lei portuguesa implica a determinação e inclusão das obras de pintura em pré-determinados conceitos estipulados pela lei. O trajecto legal desenhado não contempla todas as obras de arte e as que cabem no contexto das limitações legais não são protegidas da mesma forma, no âmbito desta lei. A protecção legal das pinturas pressupõe um procedimento e a inclusão das obras numa categoria legal, portanto o nível de protecção difere conforme essa mesma classificação. Este é, pois, um processo complexo, através do qual se conclui que a protecção legal das obras de arte e da pintura não é protegida automaticamente, antes, pressupõe enquadramentos legais e a verificação de diversos passos previstos e definidos na lei.

Mas a presente lei, para além de estabelecer um processo administrativo e diversas categorias de protecção, fixa o seu âmbito de aplicação. Assim, a presente lei só se aplica aos bens com valor de civilização ou de cultura, ou seja, cujo interesse cultural deva merecer protecção e valorização, ao abrigo do Art. 2º, nº 1.

Ora, ao estabelecer o âmbito de aplicação dos bens ou obras de pintura para efeitos de protecção legal, a lei criou uma noção de obra de arte para efeitos de tutela legal. O legislador definiu os parâmetros de enquadramento de um objecto como obra de arte. Assim a lei portuguesa só admite protecção legal, nos termos da presente lei, desde que a obra de pintura seja reconhecida como obra de «valor civilizacional» ou de «interesse cultural». As restantes obras de arte, às quais não

91. Disponível em: *www.dre.pt/* e: *www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/portugal_law_1072001_law_cultural_heritage_poronof.pdf.*

sejam reconhecidas os referidos valores pela Administração Pública, as que são consideradas obras de arte por não estarem incluídas nas categorias legais, ou por falhas em algumas das etapas do procedimento administrativo, só poderão obter protecção jurídica, nos termos gerais, como *coisa* para efeitos do direito civil e penal, ou *objecto* de transacção para o direito comercial, para o efeito recorrendo aos meios gerais previstos no sistema jurídico.

Nos termos da noção de obra de arte para efeitos de protecção legal, dispõe o Art. 2º, nº 3:

– «*O interesse cultural relevante, designadamente histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico, dos bens que integram o património cultural reflectirá valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade*», manifestam, assim, a identidade, a memória histórica e colectiva portuguesa, nos termos do Art. 2º, nº 4. Com efeito, o conceito de obra de arte para efeitos de tutela está de acordo com os parâmetros característicos da noção de interesse cultural. Isto significa que o legislador identificou e enquadrou no conceito de arte os valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou complexidade. A utilização da partícula *ou,* no texto legal, significa que os requisitos não são cumulativos.

O Art. 2º, nº 5 prevê a extensão do âmbito de aplicação das obras de arte a quaisquer obras e pinturas, assim, identificados por Convenções internacionais que vinculem Portugal.

Para efeitos de protecção legal são considerados, os bens materiais e imateriais de interesse cultural relevante, e igualmente os respectivos contextos desde que exista uma relação de testemunho, interpretação e informação, nos termos do nº 6.

Por sua vez, o diploma estabeleceu as obrigações e os deveres de protecção do Estado, das Regiões Autónomas e das Autarquias Locais. Assim, o Art. 3º fixa como tarefa fundamental do Estado, a salvaguarda e a valorização do património cultural, com o objectivo de transmissão de uma herança nacional cuja continuidade e enriquecimento unirá as gerações num percurso civilizacional singular. Constitui dever do Estado, proteger e valorizar o património cultural como instrumento de realização da dignidade da pessoa humana, objecto de direitos fundamentais, meio ao serviço da democratização da cultura, da independência e identidade nacionais. Soma-se, o dever de conhecimento, estudo, protecção, valorização e divulgação do património cultural, os quais constituem obrigações de primeira linha do Estado, das Regiões Autónomas e das Autarquias Locais.

O dever de protecção jurídica da pintura é um dever dos diferentes níveis de intervenção política e de poder em Portugal. A protecção significa, também, o dever destas entidades recorrerem à acção judicial, no sentido de garantirem protecção legal.

Por outro lado, a protecção do património cultural e da arte tem lugar dentro e fora do território português. O Art. 5º intitulado identidades culturais reforça a cooperação com países de língua portuguesa (nº 1), e países cujo património é internacionalmente relevante, nomeadamente, os que apresentam uma forte conexão com o património português (nºs 2 e 3).

O diploma estabelece, igualmente, a orientação e a definição da política do património cultural. A conservação e a protecção da pintura constituem um objectivo da política do património cultural. Assim diz o Art. 5º, nº 3:

– «*A política do património cultural visa, em termos específicos, a conservação e salvaguarda do património cultural de importância europeia e do património cultural de valor universal excepcional, em particular quando se trate de bens culturais que integrem o património cultural português ou que com este apresentem conexões significativas*».

Acresce à definição da política do património cultural, a identificação no Art. 6º, dos princípios gerais, ou seja, os princípios da inventariação, planeamento, coordenação, eficiência, inspecção, prevenção, informação, equidade, responsabilidade, garantia de integridade, de circulação lícita de elementos integrantes e de cooperação internacional.

O diploma consagra expressamente os deveres e direitos dos cidadãos. Reforça, assim, que os deveres de protecção jurídica, não são exclusivos do Estado, das Regiões Autónomas e das Autarquias. Com efeito, o Título II, referente aos direitos, garantias e deveres dos cidadãos, previstos no Art. 7º consagra o direito à fruição do património, enquanto contributo para o desenvolvimento cultural e artístico. Esta norma prevê o direito de fruição das obras de arte, quer se enquadrem no regime de propriedade privada, quer sejam propriedade pública. As normas de conservação e protecção aplicam-se em ambas as situações. Deste modo:

– «*2. A fruição por terceiros de bens culturais, cujo suporte constitua objecto de propriedade privada ou outro direito real de gozo, depende de modos de divulgação concertados entre a administração do património cultural e os titulares das coisas.*

3. A fruição pública dos bens culturais deve ser harmonizada com as exigências de funcionalidade, segurança, preservação e conservação destes».

A lei protege, especialmente, os proprietários das obras de arte, através de um reconhecimento legal de direitos já consagrados, geralmente no plano do direito administrativo. Com efeito, está consagrado no Art. 9º, nº 1:

– «*Aos titulares de direitos e interesses legalmente protegidos sobre bens culturais, ou outros valores integrantes do património cultural lesados por actos da Administração Pública ou por entidades em que esta delegar tarefas (...) são reconhecidas as garantias gerais dos administrados (...)*».

Decorre da norma o reconhecimento do direito de impugnar actos administrativos, o direito de propor acções administrativas, o direito de usar os meios processuais, nomeadamente, de natureza cautelar, assim como, o direito de queixa ao Provedor de Justiça[92].

Acresce que a iniciativa processual também é reconhecida ao Ministério Público, ao abrigo do nº 3 do mesmo Art.

Por sua vez, o Art. 9º, nº 2 estabelece alguns meios de protecção legal, como o direito de participação procedimental, e de acção popular destinado à protecção de bens culturais ou outros valores integrantes do património cultural.

Legalmente, as estruturas associativas de defesa do património cultural têm direito de acção popular, direito de participação e informação para efeitos de conservação e de protecção legal, ao abrigo do Art. 10º, nº 4.

O dever de preservação, defesa e valorização do património cultural é um dever de todos os cidadãos e das pessoas colectivas públicas e privadas. Este dever está consagrado no Art. 11º nos termos seguintes:

– *«1. Todos têm o dever de preservar o património cultural não atentando contra a integridade dos bens culturais e não contribuindo para a sua saída do território nacional em termos não permitidos pela lei.*

2. Todos têm o dever de defender e conservar o património cultural, impedindo, no âmbito das faculdades jurídicas próprias, em especial, a destruição, deterioração ou perda de bens culturais.

3. Todos têm o dever de valorizar o património cultural, sem prejuízo dos seus direitos, agindo, na medida das respectivas capacidades, com o fito da divulgação, acesso à fruição e enriquecimento dos valores culturais que nele se manifestam».

A lei cria um dever colectivo do património cultural, no qual se inclui a arte e a pintura de modo a evitar a perda, destruição e saída ilegal das obras do país.

Por outro lado, o Título III do diploma consagra como objectivos da protecção e da valorização do património cultural, ao abrigo do Art. 12º, nº 1, incentivar e assegurar o acesso à fruição cultural, promover o bem-estar social, económico, o desenvolvimento regional e local, assim como, o objectivo de defender a qualidade ambiental e paisagística.

O Art. 12º, nº 2 prevê como objectivos da política cultural, o conhecimento, a protecção, a valorização dos bens materiais e imateriais de interesse cultural relevante.

Constituem componentes da política do património cultural, nos termos do Art. 13º, al. b), a identificação das prioridades de intervenção destinadas à conservação e protecção geral das obras. Ora, isso significa que mesmo existindo necessi-

92. Disponível em: *www.provedor-jus.pt.*

dades de protecção, também existem prioridades de intervenção a nível nacional. A definição de prioridades implica, necessariamente, ponderar pedidos de ajuda nas redes de protecção internacional no âmbito da cooperação externa, por exemplo. Consta no artigo indicado como componente do património cultural:

– «*Definição, através de planos, programas e directrizes, das prioridades de intervenção ao nível da conservação, recuperação, acrescentamento, investigação e divulgação do património cultural*».

Por outro lado, o Título IV prevê as formas de protecção, em concreto, dos bens culturais. Para esse efeito, estabeleceu as noções fundamentais de enquadramento e protecção legal das obras.

Para os efeitos do Art. 14º, é considerado bem para efeitos de tutela, como bem cultural, apenas os bens móveis e imóveis que sejam testemunho material com valor de civilização ou de cultura.

A lei também define o que se deve considerar por bem imóvel ou móvel, para efeitos de tutela. Assim, ao abrigo do Art. 15º, nº 1:

– «*Os bens imóveis podem pertencer às categorias de monumento, conjunto ou sítio, nos termos em que tais categorias se encontram definidas no direito internacional, e os móveis, entre outras, às categorias indicadas no título VII*».

Nesta sequência, diz o Art. 15º, nº 2:

– «*Os bens móveis e imóveis podem ser classificados como de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal*».

Para efeitos de aplicação da lei e de consequente protecção das obras, a lei estabelece a noção de interesse nacional, nos termos do Art. 15º, nº 4:

– «*Um bem considera-se de interesse nacional quando a respectiva protecção e valorização, no todo ou em parte, represente um valor cultural de significado para a Nação*».

A noção de interesse público para efeitos de determinação da aplicação da lei está definida no nº 5 do mesmo artigo:

– «*Um bem considera-se de interesse público quando a respectiva protecção e valorização represente ainda um valor cultural de importância nacional, mas para o qual o regime de protecção inerente à classificação como de interesse nacional se mostre desproporcionado*».

O interesse municipal, por seu lado, está contemplado no Art. 15º, nº 6:

– «*Consideram-se de interesse municipal os bens cuja protecção e valorização, no todo ou em parte, representem um valor cultural de significado predominante para um determinado município*».

O Art. 16º estabelece as formas de protecção dos bens culturais, assentes em dois ramos distintos, ou seja, através da classificação ou da inventariação.

Cada uma das formas de protecção dá lugar ao registo patrimonial de classificação e de inventário.

O Título V consagra o regime geral de protecção dos bens culturais. Com efeito, a lei responsabiliza os proprietários, possuidores e demais titulares de direitos reais sobre as obras que tenham sido classificadas ou inventariadas. Sobre eles recaem os deveres de conservar, cuidar e proteger devidamente, com o objectivo de assegurar a sua integridade e de evitar a sua perda, destruição ou deterioração, adequar o destino, o aproveitamento e a utilização das obras de modo a que as mesmas sejam protegidas e sejam objecto de conservação, nos termos do Art. 21º, nº 1, alíneas b) e c), respectivamente.

O Art. 22º, nº 4 prevê o dever de cooperação da Administração, o que implica a cedência e troca de bens culturais sempre que se trate de integrar, completar colecções ou fundos de natureza histórica, nomeadamente, no plano do especial interesse artístico, científico ou técnico.

A protecção das obras, nos termos da presente legislação, exige a existência de um procedimento administrativo no sentido de criar um acto de classificação. A legitimidade activa para iniciar o procedimento administrativo, nos termos do Art. 25º pertence a qualquer pessoa ou organismo, público ou privado, nacional ou estrangeiro. Neste ponto é muito interessante notar a amplitude da legitimidade activa concedida a diversas entidades para efeitos de protecção da lei. O reconhecimento da legitimidade activa justifica-se, pois podemos estar perante património de valor universal.

Como se disse anteriormente, a protecção das obras pressupõe a existência de um procedimento administrativo. Entende-se por procedimento administrativo a sucessão ordenada de actos e formalidades relativos à formação e execução da vontade da Administração Pública, enquanto o processo é o conjunto de actos ordenados[93].

As situações de risco e perigo devem ser identificadas e denunciadas previamente no sentido de evitar danos permanentes ou a destruição total das obras. Com efeito, o Art. 32º consagra o dever de comunicação das situações de perigo. O proprietário ou titular de outro direito real de gozo sobre um bem classificado ou em vias de classificação tem o dever de avisar e alertar em caso da existência de perigo que ameace o bem, o presidente da câmara municipal, a autoridade policial, o órgão competente da administração central ou regional, ou os serviços de competência inspectiva. Nestes casos, podem aplicar medidas provisórias desde que se verifique em concreto o risco de destruição, perda, extravio, deterioração ou incumprimento dos deveres legais.

93. Lei nº 42/2014, de 11 de Julho, publicada no DR, 1ª Série, nº 132, de 11 de Julho, disponível em: *www.dre.pt*.

A necessidade de protecção das obras impõe, legalmente, que os projectos, obras e intervenções, conforme o Art. 45º, nºs 1 e 2 sejam objecto de estudo, obras de conservação, modificação, reintegração e restauro. Os bens classificados são elaborados e subscritos por técnicos qualificados em respeito da avaliação artística ou histórica da intervenção.

O Art. 46º, nº 1 prevê obras de conservação obrigatória, pelo que os proprietários incluindo o Estado são obrigados a realizar obras de conservação ou quaisquer intervenções necessárias nos imóveis classificados ou em vias de classificação.

Acresce que, a necessidade de protecção das obras ao abrigo do Art. 47º, nº 1 prevê a possibilidade de embargo e medidas provisórias quando há violação da lei.

Uma das medidas mais importantes no sentido de manter a protecção das obras, nos termos do Art. 48º é a regra de proibição de violação da integridade da obra no seu conjunto. De acordo com esta regra, os imóveis classificados ou em vias de classificação não podem ser deslocados ou removidos em parte ou na totalidade, com excepção de todas as situações baseadas na lei, ou por motivo de força maior, ou no caso de manifesto interesse público e de necessidade de salvaguarda do material de que é composta a obra. Isto significa, por exemplo, que uma pintura, independentemente, do seu suporte incorporada num bem imóvel é considerada, por lei, como bem imóvel, nos termos do Art. 204º, nº 1, al. e) (parte integrante dos prédios urbanos) e nº 3 (coisa ligada com carácter de permanência) do CCiv. Contudo, se para efeitos da sua protecção for necessário deslocar a pintura do imóvel, a parte da pintura deslocada passa a ser entendida como um bem móvel. Portanto, a aplicação da excepção, por motivo de protecção da obra, tem consequências do ponto de vista da classificação jurídica civil.

A lei prevê a possibilidade de destruição das obras conferindo poder de decisão aos órgãos da Administração Pública. A demolição está prevista na lei, precisamente no Art. 49º. Os pressupostos sobre demolição pressupõem o cumprimento dos requisitos legais, ou seja, só uma autorização expressa do órgão competente da administração central, regional, autónoma ou municipal pode fundamentar a demolição de uma obra classificada ou inventariada. Os fundamentos estão, igualmente, previstos na lei, pelo que a decisão, nos termos do nº 2 deve ter como pressuposto a existência de ruína, ou a primazia em concreto de um bem jurídico superior desde que previamente tenha sido ponderado o deslocamento e se tenha concluído pela sua não viabilidade. Contudo, não pode deixar de se considerar, em primeiro lugar, que a decisão deve ser acompanhada de parecer e estudos técnicos que inviabilizem a recuperação da obra, e em segundo lugar, quanto à primazia de outros bens jurídicos devem ser considerados apenas bens de valor cultural ou de interesse público predominante. Desde que se verifique a ruína de algum bem classificado ou inventariado nos termos da presente lei, e que conduza à análise de demolição deve ser iniciado o

procedimento de determinação da responsabilidade, a todos os níveis, dos proprietários, possuidores, sejam eles pessoas privadas, o Estado, Autarquias locais ou Regiões Autónomas.

A expropriação pela Administração do Património Cultural de obras de arte está contemplada no Art. 50º. Com efeito, a expropriação dos bens imóveis classificados e em vias de classificação, justifica-se desde que exista violação grave dos deveres legais de protecção, e dessa violação decorre risco sério de degradação do bem [al. a)], quando a expropriação é a melhor forma de tutela do bem [al. b)] e, também, quando por razões jurídicas, técnicas ou científicas a expropriação tiver sido requerida pelo interessado [al. c)]. Visa-se, assim, a protecção e salvaguarda do património cultural.

Qualquer forma de intervenção nas obras de arte classificadas para efeitos da sua protecção exige uma decisão de autorização. O que significa, também, a existência de um pedido para esse efeito. Conforme diz o Art. 51º do mesmo diploma, não poderá realizar-se quaisquer intervenções no interior ou exterior de monumentos, conjuntos ou sítios classificados sem autorização expressa do órgão competente.

A secção IV incide sobre a tutela dos bens móveis, ao abrigo do Art. 55º. O presente artigo define o que se deve entender por bens móveis para efeitos de aplicação das regras de protecção jurídica. Mais uma vez, a lei enquadra as obras de arte em conceitos prévios.

A lei define o âmbito de aplicação delimitando o conceito de arte para efeitos de protecção. Assim, o conceito sobre bens culturais móveis, nos termos do artigo é o seguinte:

– «*1. Considera-se bens culturais móveis integrantes do património cultural aqueles que se conformem com o disposto no nº 1 do artigo 14º e constituam obra de autor português ou sejam atribuídos a autor português, hajam sido criados ou produzidos em território nacional, provenham do desmembramento de bens imóveis aí situados, tenham sido encomendados ou distribuídos por entidades nacionais ou hajam sido propriedade sua, representem ou testemunhem vivências ou factos nacionais relevantes a que tenham sido agregados elementos naturais da realidade cultural portuguesa, se encontrem em território português há mais de 50 anos, ou que, por motivo diferente dos referidos, apresentem especial interesse para o estudo e compreensão da civilização e cultura portuguesa.*

2. Consideram-se ainda bens culturais móveis integrantes do património cultural aqueles que, não sendo de origem ou de autoria portuguesa, se encontrem em território nacional e se conformem com o disposto no nº 1 do artigo 14º.

3. Os bens culturais móveis referidos no número anterior constituem espécies artísticas, etnográficas, científicas e técnicas, bem como espécies arqueológicas, arquivísticas, audiovisuais, bibliográficas, fotográficas, fonográficas. E ainda quaisquer outras que venham a ser consideradas pela legislação de desenvolvimento».

Tal como refere o nº 3 do referido Art., a noção legal de bens ou obras para efeitos de tutela, nos termos da presente lei não é um leque fechado, pois admite que outra legislação possa introduzir novas definições para o mesmo efeito. De qualquer modo, a lei estabelece os requisitos que uma obra de arte deve possuir para obter protecção jurídica, nomeadamente, no plano da conservação e da restauração.

A tutela jurídica das obras depende da sua classificação e enquadramento legal nos termos da presente lei. O Art. 14º identifica os bens culturais e os bens móveis com relevância e valor de arte como aqueles que expressam um testemunho material com valor de civilização ou de cultura. De acordo com o Art. 2º, nºs 1, 3 e 5, o qual delimita o conceito e âmbito do património cultural, este compreende os bens com testemunho de valor de civilização ou de cultura, valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade. Também são considerados bens com valor de arte, todos os que sejam como tal identificados por força de Convenções internacionais que vinculem o Estado Português.

A lei prevê o dever de comunicação de mudanças ou deslocação dos bens móveis, assim como, a alteração da propriedade ou da posse da obra. Este dever constitui uma forma de tutela e de protecção jurídica no sentido de proteger a circulação lícita de bens. O Art. 57º consagra o dever de comunicação dos proprietários ou possuidores dos bens móveis classificados ou em vias de classificação, no caso de mudança de lugar ou de quaisquer circunstâncias que afecte a posse ou a guarda da obra.

O objectivo da lei é a protecção das obras. Assim se justifica que os poderes públicos actuem em caso de perigo ou degradação. No caso de violação dos deveres pelos proprietários ou possuidores, e em caso de risco sério de degradação ou dispersão dos bens é dever do Governo, das Regiões Autónomas e dos Municípios ordenar a transferência das obras, a título de depósito, para a guarda de bibliotecas, arquivos ou museus.

As intervenções nas obras só são admissíveis se forem realizadas por peritos competentes e segundo as técnicas mais avançadas e evoluídas, ao abrigo do Art. 59º. Com efeito, os projectos e intervenções devem ser realizados por técnicos qualificados, nos termos do nº 2. São aplicáveis aos bens móveis classificados ou em vias de classificação os Artigos 45º, 46º (obras de conservação obrigatória), 47º (embargo e medidas provisórias) e 50º (expropriação).

Os proprietários e possuidores das obras classificadas ficam sujeitos a certas limitações, nos termos do Art. 60º. Assim, está previsto o dever de o detentor comunicar a alienação e o direito real de gozo. Está, também, prevista a sujeição à prévia autorização do desmembramento ou dispersão das partes integrantes do bem ou colecção, e a sujeição à prévia autorização do serviço competente de quaisquer intervenções que visem a alteração, conservação ou restauro. A exportação está, também, sujeita à prévia autorização ou licença.

O capítulo III da mesma lei prevê as regras de protecção dos bens culturais inventariados. Assim, conforme diz o Art. 61º, nº 1, os bens inventariados gozam de protecção com vista a evitar o seu perecimento ou degradação. Com o objectivo da conservação, os particulares podem requerer o inventário, ao abrigo do Art. 62º. O dever de requerer o inventário está previsto no Art. 63º e recai sobre os representantes das autarquias locais e de outras pessoas colectivas públicas não territoriais. Desta forma, compete apresentar a descrição das obras, como podemos ler no Art. 63º, nº 3:

– «*A lei estabelecerá os termos e condições em que se deve processar a apresentação dos instrumentos de descrição por parte dos serviços da administração central do Estado, da administração regional autónoma e de outros organismos públicos*».

Constitui uma possibilidade legal a classificação automática de certos bens públicos. Pelo que não é objectivamente correcto dizer que todas as obras de arte, nomeadamente pinturas, pertencentes ao domínio público sejam efectivamente protegidas, porquanto a protecção não é automática. Assim nos termos do Art. 63º, nº 4:

– «*A lei poderá estabelecer a classificação automática de certos bens públicos, na sequência do cumprimento do disposto nos números anteriores*».

O capítulo IV trata da exportação, expedição, importação, admissão e comércio das obras.

No que se refere ao Art. 64º sobre a possibilidade de exportação e expedição, diz o nº 1:

– «*A exportação e a expedição temporárias ou definitivas de bens que integrem o património cultural, ainda que não inscritos no registo patrimonial de classificação ou inventariação, devem ser precedidas de comunicação à administração do património cultural competente com a antecedência de 30 dias*».

A circulação de obras de arte deve obedecer a um conjunto de regras. Para efeitos de circulação, nos termos da presente lei, os bens, objecto de exportação e expedição devem obedecer a um conjunto de critérios. Estes critérios, só se aplicam às obras que estão em condições de pertencer ao âmbito de aplicação da lei. De acordo com o Art. 65º do referido diploma, a exportação ou expedição temporária de bens classificados como de interesse nacional, devem ser autorizadas por membro do Governo para fins culturais ou científicos, ou em caso de permuta temporária com outros bens de igual interesse para o património cultural, nos termos do nº 2 do mesmo artigo. Por outro lado, o seu nº 3 refere-se à exportação e expedição definitivas das obras pertencentes ao Estado. A exportação ou expedição, nestes casos, depende de autorização excepcional pelo Conselho de Ministros ou de permuta definitiva por outros bens existentes no estrangeiro que revelem ter um valor de excepcional interesse para o património cultural português.

A lei considera a situação das obras não classificadas de interesse nacional e admite limites à sua circulação, para efeitos de protecção jurídica. Com efeito,

a exportação e a expedição de outros bens classificados nos termos do Art. 66º, dependem de autorização ou licença da administração do património cultural, no caso de exportação e expedição definitivas ou temporárias de bens classificados como de interesse público ou em vias de classificação. Já de acordo com o nº 5, se os bens forem inventariados, pertencentes a entidades públicas, então a expedição e exportação dependem de autorização da administração do património cultural.

Situação diferente é a exportação de bens culturais de Estados membros da UE. No âmbito da UE, as regras a aplicar são diferentes, nos termos do Art. 67º, o qual manda aplicar o direito da União aos casos de exportação de bens culturais. Portanto, trata-se de uma excepção de aplicação à lei e reconhecimento da primazia da aplicação do direito europeu.

No que se refere às regras de comércio e transacção, e à declaração de nulidade da compra e venda das obras de arte protegidas no âmbito da presente lei, o respectivo regime encontra-se no Art. 69º:

– «*1. Em condições de reciprocidade, consideram-se nulas as transacções realizadas em território português incidentes sobre bens pertencentes ao património cultural de outro Estado e que se encontrem em território nacional em consequência da violação da respectiva lei de protecção.*

2. Os bens a que se refere o número anterior do presente artigo são restituíveis nos termos do direito comunitário ou internacional que vincular o Estado Português».

Os meios judiciais de reacção estão previstos na Ordem Jurídica na sua globalidade. Contudo, a presente lei de protecção das obras prevê uma especial acção denominada acção de restituição, nos termos do Art. 69º, nº 4:

– «*As acções de restituição correrão pelos tribunais judiciais, nelas cabendo legitimidade activa exclusivamente ao Estado de onde o bem cultural tenha saído ilegalmente e desde que se trate de Estado membro da União Europeia ou de Estado em condições de reciprocidade na ordem interna portuguesa que lhe confira tal direito».*

O Art. 69º, nº 5 prevê limites à acção. Nem todos os assuntos ou matérias podem ser decididas no âmbito da acção de restituição. Com efeito:

– «*Na acção de restituição, discutir-se-á apenas:*

a) Se o bem que é objecto do pedido tem a qualidade de bem cultural nos termos das normas aplicáveis;

b) Se a saída do bem do território do Estado de origem foi ilícita nos termos das normas aplicáveis;

c) Se o possuidor ou detentor adquiriu o bem de boa-fé;

d) O montante da indemnização a arbitrar ao possuidor ou detentor de boa-fé;

e) Outros aspectos do conflito de interesse cuja discussão na acção de restituição seja consentido pelas normas aplicáveis do direito comunitário ou internacional».

O Art. 69º, nº 6, por sua vez, só admite a procedência da acção se o bem reclamado não fizer parte do património cultural português:

– «*A acção de restituição não procederá quando o bem cultural reclamado constitua elemento do património cultural português*».

Com efeito, esta acção não tem por objecto os bens do património cultural nacional. As exigências de protecção assim o justificam.

Assim, a presente acção especial está sujeita a uma dupla limitação. Quando o pedido não se contiver nos limites precedentes, o autor deverá escolher outro tipo de acção.

Por sua vez, o Art. 69º, nº 7 admite a existência de outros bens com valor cultural que não estão classificados ou inventariados. As obras não incluídas no âmbito de aplicação da presente lei ficam sujeitas à legislação geral de protecção.

Os componentes do regime de valorização estão consagrados no Art. 70º, ou seja, conservação preventiva e programada [al. a)]; a protecção e valorização da paisagem e a instituição de novas e adequadas formas de tutela dos bens culturais e naturais, designadamente os centros históricos, conjuntos urbanos e rurais, jardins históricos e sítios.

O Art. 74º incide sobre o património arqueológico e paleontológico. Assim, enquadram-se no conceito, os vestígios, bens e outros indícios da evolução do planeta, e dos seres humanos, importantes para a preservação e estudo, os quais permitem traçar a história da vida e da humanidade.

O património arqueológico integra vários elementos como, os depósitos estratificados, estruturas, construções, agrupamentos arquitectónicos, sítios valorizados, bens móveis e monumentos de outra natureza independentemente da sua localização.

O Art. 75º prevê o princípio da conservação pelo registo científico no nº 1, a reserva preventiva e temporária no nº 2, e a zona especial de protecção no nº 3. Mais uma vez o contexto, no qual se encontram as obras e as pinturas são especialmente valorizados e integrados num plano global para efeitos de protecção.

O Título IX refere-se às atribuições do Estado, Regiões Autónomos e Autarquias Locais. A protecção e valorização do património cultural, ao abrigo do Art. 93º nº 3 implica a criação de fundos, regimes de comparticipação, intervenções de conservação, restauro, manutenção e valorização dos bens culturais por eles classificados ou inventariados.

O Título XI prevê a tutela penal. A protecção das obras é um dos seus objectivos, e não exclusivamente o sancionamento do agente do crime.

O Art. 100º intitula-se crimes contra bens culturais e prevê um conjunto de crimes que visam a protecção e tutela dos bens culturais.

A presente lei consagra o crime de deslocamento nos termos do Art. 101º:

– «*Quem proceder ao deslocamento de um bem imóvel classificado, ou em vias de classificação, fora das condições referidas no artigo 48º, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias*».

O Art. 48º proíbe a separação em partes ou a deslocação na sua totalidade de um bem imóvel, por qualquer forma. A violação da integridade da obra com violação da lei constitui crime, mesmo que a intenção do autor não seja a sua destruição.

O Art. 102º consagra o crime de exportação ilícita:

– «*1. Quem proceder à exportação ou expedição de um bem classificado como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, fora dos casos previstos nos nºs 2 ou 3 do artigo 65º, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.*

2. Em caso de negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com multa até 120 dias».

As noções de expedição e exportação estão definidas na presente lei e o incumprimento dos requisitos legais para efeitos de exportação ou expedição constitui crime. A lei criou uma distinção com base no elemento subjectivo, punindo mais gravemente a actuação dolosa.

O Art. 103º prevê o crime de destruição de vestígios:

– «*Quem, por inobservância de disposições legais ou regulamentares ou providências limitativas decretadas em conformidade com a presente lei, destruir vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias*».

A destruição e danificação de objectos de arte são tuteladas, também, pelo CP[94]. O seu artigo 213º intitula-se dano qualificado e pune:

– «*1. Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável:*

a) Coisa alheia de valor elevado;

b) Monumento público;

d) Coisa pertencente ao património cultural e legalmente classificada ou em vias de classificação (...),

é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. Quem destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia:

94. Disponível em: *www.pgdlisboa.pt.*

a) De valor consideravelmente elevado;

c) Que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em colecção ou exposição públicas ou acessíveis ao público (...),

é punido com pena de prisão de dois a oito anos».

Entre os nºs 1 e 2 do artigo anterior existe uma diferença considerável quanto ao âmbito de protecção. Enquanto o nº 1 abrange, com a excepção da al. a) a protecção de obras de arte próprias ou alheias, o que significa que o proprietário não pode destruir ou danificar uma obra pertencente ao seu património cultural, já no âmbito do nº 2 só é punido quem destruir ou danificar coisa alheia. Isto significa que o proprietário que destrua ou danifique uma obra de arte que possua importante valor artístico ou histórico, e se encontre em colecção ou exposição pública ou acessíveis ao público não é punido. Com efeito, o CP não protege totalmente as obras com valor artístico ou histórico, mas o autor do crime pode ser criminalmente punido de acordo com a Lei 107/ 2001, de 8 de Setembro nos termos explicados anteriormente.

A lei definiu e identificou em concreto os bens de interesse nacional que integram o património cultural móvel de acordo com o Art. 1º do Decreto – Lei 19/2006, de 18 de Julho[95].

Com efeito, são considerados bens de interesse nacional, de entre o património cultural móvel dos museus dependentes do Instituto Português de Museus, todos os bens ou conjuntos de bens que se enquadram nos nºs 3 e 6 do Art. 2º, em conjugação com a aplicação dos critérios genéricos de apreciação definidos no Art. 17º, da Lei 107/2001, de 8 de Setembro, e que sejam insubstituíveis, ou seja, em que sua perda ou degradação constitua um dano irreparável para o património cultural. Também estão incluídos, os bens de valor universal e internacional que, pelo seu valor patrimonial são passíveis de integração num regime de protecção de âmbito internacional. Acrescem, os bens de autores estrangeiros que, pela sua exemplaridade ou raridade em território nacional, bem como pelo valor patrimonial exijam protecção, os bens que transmitem conhecimento e constituem um enriquecimento das gerações futuras e, os bens sobre os quais recaem específicas limitações de circulação ou específicas normas de conservação e restauração, resultantes da sua raridade, valor de cultura e civilização.

A lei contém em anexo uma lista dos bens móveis, incluindo pinturas, sob a tutela do Instituto Português de Museus, classificadas como bens de interesse nacional. Este anexo permite identificar, concretamente, as pinturas para efeitos de protecção e das medidas de intervenção e controlo para manter a sua autenticidade e perpetuidade.

95. Publicada no DR, 1ª Série, nº 137, de 18 de Julho de 2006, disponível em: *www.dre.pt*.

O Decreto – Lei 309/2009 de 23 de Outubro[96] estabelece no seu Art. 1º o procedimento de classificação de bens imóveis de interesse cultural, bem como o regime jurídico das zonas de protecção e o plano de pormenor de salvaguarda.

O Estado tem a obrigação de proteger e de valorizar o património cultural, com fundamento no respeito pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais e pela democracia.

O objecto deste diploma são os bens imóveis. Os bens imóveis estão classificados segundo determinadas categorias. As categorias legais são as classificações como monumento, conjunto ou sítio, nos termos do Art. 2º, nº 1. Os bens imóveis podem ser classificados, segundo um específico procedimento, como sendo de interesse nacional, público ou municipal, nos termos do Art. 3º, nº 1. O procedimento de classificação está definido na lei, mais precisamente nos Artigos 4º a 17º. A classificação implica a elaboração de estudos e os bens imóveis classificados beneficiam de uma zona especial de protecção, conforme o Art. 36º, nº 3.

O interesse cultural para efeitos de aplicação da lei, nos termos do Art. 21º, especialmente o nº 2 tem objectivos específicos. Assim:

– «*O interesse cultural relevante documentado, nos termos do número anterior deve demonstrar, separada ou conjuntamente, valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade*».

De acordo com o Art. 36º intitulado tipos de zonas de protecção, nos termos do nº 1, os bens imóveis em vias de classificação beneficiam automaticamente de protecção, ou de uma zona especial de protecção provisória e os efeitos desta protecção vigoram até à publicação da zona especial de protecção. A decisão final de fixação da zona especial de protecção é da competência do Governo e reveste a forma de portaria, nos termos do Art. 48º, nº 1.

O plano de pormenor de salvaguarda que visa fornecer as orientações estratégicas de actuação, uso e ocupação do solo e edifícios necessários à preservação e valorização do património cultural, encontra-se previsto no Art. 64º.

A lei estabelece o conteúdo do plano e as regras a que devem obedecer as obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração, conservação e demolição ao abrigo do Art. 66º, al. h).

O Fundo de Salvaguarda do Património Cultural está previsto no Decreto – Lei 138/2009, de 15 de Junho[97]. A lei prevê instrumentos financeiros públicos destinados a promover as medidas de protecção e valorização do património cultural. A relevância da existência de fundos patrimoniais viabiliza uma política programada de aquisição, reabilitação, conservação e restauro.

96. Disponível em: *www.unesco.org/culturel/natlaws/.../portugal_lei309_2009_ponorof.pdf.*
97. Disponível em: *www.dre.pt/pdf1s/2009/06/11300/0364603647.pdf.*

Nos termos Art. 3º, o objecto e finalidade do Fundo é o de financiar medidas de protecção e valorização de imóveis, conjuntos e sítios, bens culturais classificados ou em vias de classificação, como de interesse nacional ou de interesse público em risco de destruição, perda ou deterioração, acudir a situações de emergência ou de calamidade pública em relação a bens culturais classificados ou em vias de classificação, financiar operações de reabilitação, conservação e restauro de imóveis classificados no âmbito do Programa de Gestão do Património Imobiliário do Estado, financiar a aquisição de bens culturais classificados ou em vias de classificação, assim como, prestar apoio financeiro a obras ou intervenções ordenadas pela Administração Pública.

3.3.1. O âmbito da tutela jurídica

Os meios de protecção jurídica das obras de arte, como resulta da exposição anterior são diversificados e estão previstos na lei nacional. Os instrumentos específicos criados para recurso à protecção legal são escassos. Além disso, a acção de restituição enquanto acção especial está sujeita a uma dupla limitação. Na ausência de meios legais específicos, os instrumentos jurídicos destinados ao exercício dos direitos para efeitos de protecção legal, restituição das obras, conservação e restauração são os meios legais gerais previstos no sistema jurídico. Como foi possível constatar a obrigação de protecção das obras de arte e do património cultural, em geral, é uma obrigação de toda a sociedade, pelo que a legitimidade activa compete às entidades públicas e privadas (individuais e colectivas), pelo que todas elas podem invocar o prejuízo para o património cultural universal de actos, omissões ou violações da lei no sentido de garantir a protecção das obras.

Cabe agora referir, a lei 4/95, de 12 de Outubro[98], a qual regulamenta o exercício do direito de participação popular. O exercício da acção popular visa a tutela do património cultural, nos termos do Art. 52º, nº 3 CRP. Este artigo prevê o direito de petição e o direito de acção popular. O direito de petição corresponde ao direito de queixa, apresentação de petições ou reclamações para defesa dos direitos, nomeadamente, para efeitos de protecção da arte. Estas queixas podem ser apresentadas por todos os cidadãos aos órgãos de soberania, conforme o nº 1. No nº 3 do mesmo Art. está consagrado o direito de acção popular destinado, por exemplo, nos termos da sua al. a) a promover a preservação do património cultural.

É relevante considerar que a lei a aplicar a um problema jurídico relacionado com a arte pode não ser a lei portuguesa.

Por vezes, um problema jurídico apresenta conexão com diversas Ordens Jurídicas, pelo que é imprescindível ao órgão que aplica o direito determinar qual a lei (internacional ou nacional) a aplicar. Estas normas de conflitos determinam a lei a aplicar ao caso concreto e estão consagradas na secção II do CCiv. O direito internacional privado é direito interno português que, não solucionando a

98. Disponível em: *www.pgdlisboa.pt/leis/lei-mostra-articulado.php?nid=722&tabela=leis.*

situação em causa, indica a lei que se aplica ao caso concreto. O elemento fundamental nesse caso é a conexão[99].

Nos casos de resolução de conflitos relacionados com a arte são importantes as regras referentes aos negócios jurídicos e às obrigações, regras estas contempladas na subsecção II e III. Na subsecção IV estão previstas as normas aplicáveis às coisas.

A defesa, tutela e legitimidade para agir legalmente, a identificação dos responsáveis implica determinar os proprietários ou possuidores. O Art. 46º sobre direitos reais prevê a aplicação da lei do local da coisa nos casos de conflitos sobre posse, propriedade e demais direitos reais, ao abrigo do nº 1. Contudo há uma diferença a estabelecer se o problema de direitos reais se coloca face à constituição ou transferência desses direitos sobre coisas em trânsito. Nestes casos, considera-se que a lei da situação das coisas é a lei do país de destino, conforme o nº 2.

As regras sobre a determinação da propriedade das pinturas são as mesmas regras aplicáveis a qualquer outro problema jurídico de propriedade previsto no CCiv, por exemplo, os Artigos 1316º e 1317º. A determinação do proprietário ou possuidor das obras é fundamental, pois sobre o proprietário ou possuidor recaem um conjunto de obrigações que visam, nomeadamente, a protecção das obras. Existe, porém, uma norma especial, o Art. 1324º do mesmo diploma intitulado tesouros, segundo o qual:

– *«1. Se aquele que descobrir coisa móvel de algum valor, escondida ou enterrada, não puder determinar quem é o dono dela, torna-se proprietário de metade do achado; a outra metade pertence ao proprietário da coisa móvel ou imóvel onde o tesouro estava escondido ou enterrado».*

Esta norma aplica-se apenas às coisas móveis. Já quanto às coisas imóveis com dono desconhecido, elas pertencem ao Estado, nos termos do Art. 1345º CCiv.

O direito de se tornar proprietário de metade do objecto passa a ser um direito do Estado quando aquele que encontrou, fizer seu o bem e não avisar o dono, desde que haja dever de anunciar o achado, ou seja, quando é evidente que o objecto não foi escondido ou enterrado há menos de vinte anos, conforme resulta da interpretação do Art. 1324º, nºs 2 e 3 CCiv.

Esta norma é relevante no âmbito da arte, especialmente nos casos de descoberta de pinturas escondidas ou enterradas e que, posteriormente, venham a ser encontradas por um terceiro. Pode, por exemplo, acontecer que as obras tenham sido retiradas dos seus proprietários escondidas e mais tarde descobertas. O proprietário de metade é o novo achador ou o Estado, consoante o caso de o primeiro ter respeitado ou não o dever de aviso. Isto significa que, mesmo que uma obra de arte de avultado valor venha a ser descoberta em Portugal, a obra é considerada em parte propriedade do achador ou do Estado, e a outra parte da propriedade pertence ao dono do local onde a coisa foi achada. Claro que pode haver apenas um direito de propriedade caso o

99. Machado, João: *Lições de Direito Internacional Privado.* Almedina, Coimbra, 3º Edição, p. 56.

achador e o dono do local coincidirem. Esta norma tem muita relevância, nomeadamente, nas disputas que visam a restituição das obras que desapareceram, por exemplo, no contexto de conflitos armados. Também têm relevância especial para efeitos de determinação dos responsáveis pela protecção das obras de arte.

4. NOVAS DINÂMICAS EM EVOLUÇÃO NO DIREITO DA ARTE

4.1. O DIREITO E A ARTE[100] EM ESPANHA E SUA RELAÇÃO COM PORTUGAL

A CE consagra no seu Art. 44º o direito de acesso à cultura. Nos termos deste artigo os poderes públicos promovem e tutelam o acesso à cultura e à arte.

O Art. 46º intitulado conservação do património artístico expressa a intervenção dos poderes públicos na arte e na cultura. Estes garantem a conservação e promovem o enriquecimento do património histórico, cultural e artístico. Está expressamente consagrada a punição penal nos casos de violações ao património. Diz o Art. 149º, nº 2 do mesmo diploma que o Estado facilita a comunicação cultural entre as comunidades.

Cultura e património contribuem para a unidade, reforçam os valores comuns e permitem a construção da paz.

O Decreto 40/2009, de 10 de Março estabelece os Estatutos do Conselho Nacional da Cultura e das Artes, criado pela Lei 6/2008. Este Conselho tem uma importante função no suporte e incentivo da criação artística e cultural.

O papel do Estado é muito relevante, também, para a concessão de garantias. Por exemplo, a *Orden Cul/416/2007 de 2 de Fevereiro* sobre a garantia do Estado a 146 obras para exibição no Museu Nacional e Centro de Investigação de Altamira, nos termos do qual o Estado se obriga a indemnizar pela destruição, perda, subtracção ou dano nas obras. A garantia sobre as obras é sustentada na Lei 16/1985, de 25 de Junho e no Real Decreto 1680/1991, de 15 de Novembro.

A descentralização política e administrativa permitiu a adopção de legislação local mais adequada e específica[101], para efeitos de conservação e restauração do património cultural e da pintura.

Maria del Mar Rodriguez[102] estabeleceu as similitudes e diferenças na evolução cultural da arte moderna em Espanha e Portugal. As similitudes incidem

100. Toda a legislação deste número publicada em: *www.legislacion.derecho.com; e www.noticias.juridicas.com/base_datos/.*
101. Gavilán, César: *La Legislación española sobre património artístico bibliográfico Y documental la Ley de Propriedade Intelectual.* Temas de Biblioteconomía, 2009, disponível em: *www.eprints.rolis.org/1460/1/patrimpipdf.*
102. Quintana, *Revista de Estudos do Departamento de História de Arte da Universidade de Santiago de Compostela,* 2010, disponível em: *www.usc.es/arte/quintana.*

sobretudo na experiência de regimes ditatoriais, o consequente fechamento cultural, limitação à liberdade de expressão e na coincidência temporal de entrada para a União Europeia. Enquanto em Espanha, o desenvolvimento cultural e da arte contemporânea avançou com a criação de espaços culturais e de museus diversos, em Portugal verificou-se um atraso estrutural. Contribuiu para esse atraso as características populacionais e económicas e uma tendência para a concentração política e cultural na região de Lisboa. O desequilíbrio no investimento e no incentivo à criação artística teve consequências no desenvolvimento cultural e conduziu a um desequilíbrio territorial no acesso à cultura.

Em Espanha a descentralização e criação de regiões autónomas permitiu a criação de legislação específica como a *Ley 7/1990 de 3 de julio sobre o Património Cultural Vasco; a Ley 4/1990 de 25 de mayo del Património Histórico de Castilla-La Mancha; Ley 1/1991, de 3 de julio sobre Património Histórico de Andalucia*[103].

As estratégias Ibero-Americana e Luso-espanhola de intercâmbio cultural ainda não se manifestaram completamente[104]. Os acordos de cooperação no âmbito da arte e da cultura entre Portugal e Espanha ainda são incipientes. Desenvolvem-se sobretudo no contexto bilateral e principalmente entre Institutos Académicos. Contudo, é possível identificar alguns acordos de cooperação entre instituições e museus. São exemplos, o acordo assinado entre o Museu Nacional de Arte Antiga e o Museu do Prado, cujo objectivo é a realização de exposições que promovam o conhecimento das colecções dos dois museus[105].

O Decreto-lei 654/70, de 29 de Dezembro aprovou o acordo cultural entre Portugal e Espanha, centrando a importância da colaboração na protecção da arte. Assim, se pode ler:

– «*Artigo XIV, as partes contratantes comprometem-se a colaborar no sentido de proteger os respectivos patrimónios artísticos e documental, com o fim de evitar o tráfico ilegal de obras de arte e de objectos ou documentos de valor histórico ou científico*»[106].

O primeiro encontro Hispano-Luso de Museus ocorreu em 2009. A colaboração no sentido da conservação de bens culturais acontece desde os anos 90, contudo precisa de ser incentivado.

---

103. García, Juan: *La Legislación Española sobre Património Histórico, Origen Y Antecedentes. La Ley Del Património Histórico Andaluz,* disponível em: *www.bibliotecaspublicas.es/marchena/imagenes/V_1_Becerra_legislacion.pdf.*
104. RAZÓN Y PALABRA, *Ibero-América Y la Estrategia de Cooperación Luso-Española en Cultura Y Comunicación,* disponível em: *www.razonyypalabra.org.mx.*
105. Disponível em: *www.incubadoradeartistas.com/2013/09/03/uniao-iberica-museu-de-arte-assina-acordo-de-cooperação-com-o-museu-do-prado/.*
106. Disponível em: *www.cdn.rede-camoes.com/images/stories/acordos/espanha_ac.pdf.*

O Programa *IberMuseus* é um programa ibero-americano que visa a promoção e a criação de um intercâmbio entre museus. Portugal está representado no programa pelo Instituto de Museus e Conservação.

Mais um exemplo é a Convenção entre as Universidades de Espanha (Almería, Jaén, Málaga) e Portugal (Aveiro, Lisboa, Madeira, Braga) para a criação de uma rede de investigação internacional conjunta. Os programas de cooperação são sobretudo criados por necessidades e interesse académico. Em conclusão, é preciso alargar o campo de actuação e incentivo a outros níveis de intervenção.

4.2. MEIOS EXTRAJUDICIAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A resolução de conflitos no âmbito do mundo da arte implica a procura de meios alternativos à forma tradicional de resolução. A mediação e a arbitragem constituem instrumentos de justiça destinados à resolução de conflitos jurídicos mais adequados à manutenção das relações no mundo da arte, os quais privilegiam a celeridade na solução de problemas.

A opinião comum é a de que o processo judicial deve ser evitado com o objectivo de manter as relações profissionais no mercado da arte, diminuindo a hostilidade entre as partes e mesmo entre países. É importante pois, analisar neste ponto a intervenção destas modalidades na resolução de problemas jurídicos relacionados com a conservação e restauração das obras de arte.

No plano das organizações internacionais, o recurso aos meios alternativos é reconhecida, pela sua a importância devido à realização rápida, célere e pacífica das questões jurídicas. A UNESCO é uma dessas organizações. A utilização da mediação e da arbitragem é incentivada, nomeadamente, nas situações em que se exige a restituição e o retorno de obras de arte e pinturas, objecto de furto ou roubo em momentos de guerras.

O Centro de Mediação e Arbitragem da Organização Internacional de Propriedade Intelectual (WIPO[107]) providencia e promove o recurso à mediação e à arbitragem.

Os motivos deste incentivo residem na necessidade de resolução de questões sensíveis no mundo da arte, o que tem uma importância particular no caso dos objectos considerados sagrados para uma específica comunidade[108].

A mediação e arbitragem constituem meios de resolução de conflitos legais distintos da forma tradicional de justiça e distinguem-se entre si. Todas elas têm, contudo o mesmo objectivo, ou seja, solucionar problemas jurídicos de forma céle-

107. Disponível em: *www.wipo.int.*
108. *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 6, Issue 1 (2011), p. 30, disponível em: *www.art-law.org* .

re e pacífica. Diferenciam-se quanto ao modo de alcançar a decisão e respectivos meios. A mediação distingue-se de arbitragem, conforme podemos observar:

– «*Mediation is an informal procedure in which a mediator helps parties to settle their dispute through facilitating dialogue and helping identifying their interests but without Imposing any decision (WIPO Arbitration and Mediation Center, 2009). In arbitration, an arbitrator renders a final and binding decision (arbitral award) on the parties" dispute that is internationally enforceable under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958)»[109].

The Geneva Art-Law Centre[110] tem por objectivo estudar, analisar e recolher informação sobre formas alternativas de disputa de conflitos relacionados com a arte como a mediação e a arbitragem.

As disputas abrangem áreas diversas do direito, mas também envolvem diferentes actores no mundo da arte. Esta situação necessita de ser considerada para efeitos de enquadramento das melhores abordagens no plano da resolução de conflitos. Além disso, a maioria dos conflitos são de origem internacional. A forma de resolução tradicional é não só mais demorada como de custo mais elevado, portanto, torna-se premente encontrar outras formas e instrumentos de resolução de conflitos, principalmente, numa área tão sensível e exclusiva no plano das suas relações. As partes devem poder escolher a lei aplicável, a língua dos trabalhos e o lugar para a mediação e arbitragem.

A Convenção da UNIDROIT sobre objectos roubados ou ilegalmente exportados adoptada em 1995, prevê no seu Art. 8º, nº 2 o direito das partes acordarem na resolução de conflitos através de meios alternativos como a arbitragem. O Conselho Internacional de Museus desenvolve programas de resolução de conflitos através da mediação[111].

Há exemplos de casos internacionais resolvidos através da resolução alternativa de conflitos, como o acordo de mediação entre os Cantões de Saint-Gall e Zurich na Suíça em 2006. Durante as guerras religiosas (1712) um conjunto de obras de arte religiosa que pertenciam ao Cantão de Saint-Gall foi levado para Zurich. Um conjunto de pinturas, manuscritos e outras obras permaneceram no Cantão de Zurich até 2006, quando a Confederação resolveu intervir como mediador, tal como previsto na Constituição Suíça. Com efeito, através da mediação o conflito foi resolvido[112].

Um caso exemplar de arbitragem foi o de Maria Altmann, a qual pretendia reaver as obras do autor Gustav Klimt. Na primeira decisão, o tribunal arbitral or-

109. *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 6, Issue 1 (2011), p. 30, disponível em: *www.art-law.org.*
110. Disponível em: *www.art-law.org/index_en.html.*
111. *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 6, Issue 1 (2011), p. 32, disponível em: *www.art-law.org.*
112. Disponível em: *www.news.admin.ch/NSBSnbscriber/message/attachments/2567.pdf.*

denou à Áustria a restituição de cinco obras a Maria Altmann. A segunda decisão foi favorável ao Estado e recusou a restituição de algumas obras, que mais tarde foram vendidas e expostas na *Galeria Neue* em Nova Iorque[113].

Entre os casos de resolução internacional de conflitos resolvidos por meios alternativos estão os são casos de furtos ou roubos de obras de arte, nomeadamente, decorrentes de guerras. Exemplo paradigmático são as obras de proprietários judeus roubados durante a Segunda Guerra Mundial pelo regime Nazi.

A mediação e a arbitragem revelam ser formas de resolução rápida e justa dos conflitos, as quais permitem minimizar os prejuízos materiais e emocionais decorrentes do conflito.

No plano do direito nacional, os dois meios de resolução alternativa de litígios estão previstos em leis diferentes.

A Lei 29/2013, de 19 de Abril[114] regula as regras aplicáveis à mediação realizada em território português, os regimes jurídicos de mediação civil e comercial, o regime jurídico dos mediadores e o regime jurídico dos sistemas públicos de mediação. Esta lei define mediação, no seu Art. 2º como:

– «*A forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflito*».

A lei que regula a arbitragem voluntária é a Lei 63/2011, de 14 de Dezembro[115], a qual estabelece as regras sobre a resolução do conflito através da Convenção de Arbitragem. Este regime jurídico aplica-se aos litígios actuais ou resultantes da relação jurídica contratual ou extracontratual, ao abrigo do Art. 1º, nº 3 e a quaisquer questões que requeiram a intervenção de um decisor imparcial, conforme o Art. 1º, nº 4.

A presente lei contém um capítulo sobre a arbitragem internacional (capítulo IX) e segundo o seu Art. 49º aplica-se à arbitragem internacional as regras aplicáveis à arbitragem interna.

As partes podem escolher o direito a aplicar. Caso tal não se verifique, o tribunal arbitral aplica a regra da conexão mais estreita, conforme o Art. 52º, nºs 1 e 2.

Uma questão relevante coloca-se no âmbito do reconhecimento de sentenças dos tribunais arbitrais, no contexto das arbitragens internacionais. Ao abrigo da Lei portuguesa, estas sentenças necessitam de seguir um processo de reconhecimento. Assim:

113. *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 6, Issue 1 (2011), pp. 37-38, disponível em: *www.neuegalerie.org*.
114. Disponível em: *www.cimpas.pt/pdf/lei_mediacao.pdf*.
115. Disponível em: *www.dgpj.mj.pt*; *www.arbitragem.pt*.

– «*Sem prejuízo do que é imperativamente preceituado pela Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (...) As sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro só têm eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, se forem reconhecidas pelo tribunal estadual português competente (...)*».

Conforme se pode concluir, em Portugal não existe uma legislação específica de mediação e arbitragem aplicável à arte, com fundamento na especial particularidade do bem, como obra de arte, pelo que se aplica o regime geral. Embora a mediação esteja a florescer no âmbito privado, ainda não é comum a escolha deste meio para a resolução de conflitos. Pelo contrário, o recurso à arbitragem encontra-se num plano de desenvolvimento positivo, constituindo uma alternativa favorável à resolução de conflitos referentes à arte.

4.3. O PAPEL DAS ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS NA PROTECÇÃO DAS OBRAS DE ARTE

O papel do Estado na protecção do património cultural e da pintura está definido na lei, como foi possível descrever. Desde logo, encontramos normas na CRP sobre os deveres do Estado nesta matéria. O Art. 9º na sua al. d) reconhece ao Estado o dever de promover a efectivação dos direitos culturais.

A al. e) reconhece como dever do Estado, o dever de «*proteger e valorizar o património cultural (...)*».

A protecção do património cultural e da pintura quer se trate de bens do património público ou privado, deve ser uma prioridade para o Estado.

O Art. 43º, nº 2 CRP estipula a proibição de o Estado programar a cultura e favorecer correntes de pensamento, ideologias, ou temáticas religiosas.

Compete, também, ao Estado garantir o acesso à arte, conforme dispõe o Art. 73º, nº 3 CRP:

– «*O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais*».

O Art. 78º CRP consagra a fruição e criação cultural, e o seu nº 2 define as seguintes competências do Estado, realçando-se a protecção e valorização da arte:

– «*Incumbe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais:*

a) Incentivar e assegurar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de acção cultural, bem como corrigir as assimetrias existentes no país em tal domínio;

b) Apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva, nas suas múltiplas formas e expressões, e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade;

c) Promover a salvaguarda e a valorização do património cultural (...);

d) Desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro;

e) Articular a política cultural e as demais políticas sectoriais».

Os museus e as galerias têm uma posição central na protecção das obras de arte, no plano da intervenção com finalidades conservatórias, restaurativas e são actores principais na decisão e acompanhamento da circulação das obras de arte, nomeadamente, para efeitos de exposição ao público em diversas regiões.

A criação de museus e galerias teve na sua base a necessidade de criar um espaço destinado a proteger as obras de arte. O crescimento do número de museus acompanhou o incremento da comercialização das obras de arte e o mercado internacional, ao mesmo tempo que se defendia o direito de acesso, fruição das obras de arte e a democratização do acesso à cultura. Contudo a competência e a importância dos museus alargou-se a outras áreas, pelo que a actuação e competência dos museus não pode residir exclusivamente na preservação e conservação das obras. Os museus desempenham um papel igualmente relevante na aquisição e transmissão de conhecimentos, reconhecidos como lugares de agregação social, nos quais as exposições das obras visam a protecção, conservação e democratização da arte e da cultura. Com efeito, os museus aparecem como objecto de construção sociológica[116], e segundo alguma doutrina, em si mesmos, uma obra de arte[117]. Mais uma vez, o contexto em que as obras se encontram reforça a valorização do local para efeitos de manutenção das obras.

A relação entre a arte e a sociedade está presente nos museus, os quais podem desempenhar acções de formação e de interacção com a sociedade de diversas maneiras. São pontos de encontro e elos de ligação com a cultura internacional, uma vez que possibilitam mais facilmente a circulação legal das obras de arte para fins de exposição.

Os museus permitem a conservação da pintura e a perpetuidade das obras pois as estruturas de conservação são mais adequadas, permitem às várias gerações o acesso a bens culturais e à história, nomeadamente, à história da arte.

O Código Deontológico do ICOMOS[118] para Museus foi aprovado pela 15º Assembleia Geral a 4 de Novembro de 1986. Este diploma estabelece as regras de actuação dos museus e normas sobre a actuação dos seus profissionais. No seu

116. Lisa Tota, Anna: *A Sociologia da Arte. Do Museu Tradicional à Arte Multimédia. Temas de Sociologia*. Editorial Estampa, 2000, pp. 123-148.
117. Millet, Catherine: *A Arte Contemporânea*. Biblioteca de Ciência e Cultura, 1997, pp. 76-81.
118. Disponível em: *www.icomos.org*.

ponto nº 1 está previsto que os museus preservem, interpretem e promovam o património natural e cultural da humanidade. Os museus são, assim, responsáveis pelo património natural, material e imaterial. A tutela e supervisão dos museus têm como obrigação proteger e promover este património, os recursos humanos, materiais e financeiros. De acordo com o ponto nº 2:

– «*Os museus têm o dever de adquirir, preservar e valorizar seus acervos, a fim de contribuir para a salvaguarda do património natural, cultural e científico. Seus acervos constituem património público significativo, ocupam posição legal especial e são protegidos pelo direito internacional. A noção de gestão é inerente a este dever público e implica zelar pela legitimidade da propriedade desses acervos, por sua permanência, documentação, acessibilidade e pela responsabilidade em casos de alienação, quando permitida*».

De acordo com o princípio nº 4, os museus têm o dever de desenvolver o seu papel como actor educativo da sociedade promovendo o património. Importa, assim relacionar este ponto com o princípio do nº 6, segundo o qual os museus trabalham em estreita cooperação com as comunidades de onde provêm os seus acervos. Os museus devem promover a partilha de conhecimentos, documentos e acervos. O desenvolvimento de parcerias é deste modo fomentado. De acordo com o princípio nº 5, os recursos dos museus possibilitam a prestação de outros serviços de interesse público. Os museus devem observar a legislação internacional no seu funcionamento, nomeadamente, as Convenções da UNESCO. O mesmo dever incide sobre os profissionais dos museus, de acordo com o princípio nº 8. Os museus encontram a sua posição no plano da democratização da arte. Eles são as Instituições que promovem a cultura e a educação através da conservação e incentivo à restauração das pinturas.

4.4. O DIREITO DAS GERAÇÕES FUTURAS DE ACEDER À PINTURA

O presente estudo sobre a protecção da pintura permite defender a existência do direito das gerações vindouras a usufruir da arte, como argumento legal de tutela. São vários os diplomas internacionais que invocam, expressamente, as gerações futuras como um dos fundamentos para a protecção das obras. A Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural de 1972, no Título II, Art. 4º reconhece como obrigação do Estado a protecção das obras de arte e sua transmissão às gerações futuras. A Carta de Veneza de 1964 expressa a preocupação de proteger as obras de arte e de as salvaguardar para as gerações futuras, pois defende existir o dever de transmitir a arte na totalidade do seu valor e riqueza. Este diploma reforça a ideia de solidariedade intergeracional e o dever de cada sociedade respeitar uma obra que ultrapassa o limite temporal da existência humana. A obra é maior do que o tempo humano e cabe a cada sociedade respeitar, preservar através da conservação, restauração e circulação lícita, o património cultural e as pinturas.

O conhecimento da história e das riquezas patrimoniais é um direito inerente às gerações futuras. A garantia de que as gerações tenham acesso ao património

cultural passa pela implementação de um sistema de conservação, restauração e, em geral, através da protecção legal das obras. As formas de intervenção previstas na lei permitem cumprir esse desiderato.

O respeito integral pela criação artística e a criação de responsabilidades no caso de não cumprimento são formas de garantir os direitos das gerações futuras. Neste sentido, a cooperação internacional no âmbito da partilha de conhecimentos científicos e de valorização do património são fundamentais para a preservação das obras.

A tutela jurídica da pintura e a intervenção da sua protecção é um dos maiores legados que historicamente as sociedades podem transmitir às gerações futuras. A exigência de restauração e conservação, pelas sociedades é uma forma de participação activa na cultura. A continuidade e permanência dos valores e da história dependem disso.

O valor cultural não pode, em si, ser apropriado num determinado momento histórico. A responsabilidade social de protecção deve ser parte da educação cultural. Educar para a cidadania significa proteger valores e princípios fundamentais supranacionais, e reconhecer a todas as pessoas o direito de aceder às obras de arte e à pintura, independentemente do limite temporal ou da época histórica. A protecção das obras de arte é um dever fundado numa obrigação intemporal, ou seja, assente na preservação e perpetuidade das obras.

Com efeito, o direito de aceder às obras de arte, o direito de alcançar o conhecimento livremente através da cultura, da arte e da pintura não está sujeito às barreiras temporais e aos limites da passagem do tempo. A passagem do tempo é, ela mesma, uma forma de reforçar e valorizar uma obra como arte e permitir que futuros desenvolvimentos na temática se possam realizar.

5. CONCLUSÃO

Os sistemas de protecção das obras de arte dividem-se em três planos, ou seja, o sistema de protecção internacional, europeu e nacional. Estes sistemas abrangem uma multiplicidade de áreas de intervenção. No âmbito da conservação e restauração, o sistema jurídico português beneficiou da evolução legislativa internacional, o que pontualmente permitiu proteger as obras de arte.

Apesar de o legislador nacional ter delimitado o conceito de arte para efeitos de protecção legal, a verdade é que é possível através dos meios gerais de tutela activar o sistema geral de protecção.

A Ordem Jurídica Portuguesa não possui um sistema legal específico de protecção da pintura. Ainda estamos no início de um promissor caminho de desenvolvimento jurídico no âmbito do Direito da Arte. A observação e análise

dos diplomas legais, e as áreas de actuação concreta permitem concluir que a especial consideração legal do bem como arte pode fundamentar a criação de uma protecção específica nacional à medida dos melhores sistemas internacionais. Significa isto reduzir a complexidade administrativa e incentivar a participação dos peritos na temática.

Existem áreas em desenvolvimento no âmbito da resolução alternativa de conflitos e na adopção de novos mecanismos de protecção das pinturas. A protecção das obras de arte é imprescindível para a manutenção do enriquecimento cultural e, também, no plano do respeito pelo direito das gerações futuras de aceder à arte e à cultura. A memória viva da história e o testemunho que representam merecem o desenvolvimento de legislação mais profunda na matéria, a par do incentivo na cooperação entre países cuja presença patrimonial de origem portuguesa se faça sentir, assim como, nos países com semelhanças culturais e artísticas.

A partilha de informação e os programas de cooperação são fundamentais para a preservação dos valores universais comuns através da conservação, restauração e regulamentação específica sobre a protecção das obras de arte.

6. BIBLIOGRAFIA

Aguirre, Rául: *El Dadaism*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

ASSOCIATION OF ART HISTORIAN: «The Public Understanding of Art History», em Bulletin, *Promoting the Professional Practice and Public Understanding of Art History*, disponível em: *www.aah.org.uk*.

Augusto França, José: *A Arte e a Sociedade Portuguesa no Século XX, 1910-2000*. Livros Horizonte, 2000.

Barifaza, Leticia: *La Interpretación en El Derecho Y en El Arte. Primeras Aproximaciones,* disponível em: *www.juridicas.unam.mx*.

Barilli, Renato: *Ciência da Cultura e Fenomenologia dos Estilos*. Teoria da Arte, Editorial Estampa, 1995.

Barral Alfet, Xavier: *História da Arte*. Arte e Comunicação, Edições 70, 2011.

Batista Machado, João: *Lições de Direito Internacional Privado*. Almedina, Coimbra, 1999.

Bayer, Raymond: *História da Estética*. Teoria da Arte, Editorial Estampa, 1995.

Becerra García, Juan Manuel: *La Legislación Española sobre Património Histórico, Origen y Antecedentes. La Ley del Património Histórico Andaluz,* disponível em: *www.bibliotecaspublicas.es/marchena/imagenes/V_1_Becerra_legislacion.pdf*.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto: *Derechos del Artista Plástico*. Aranzadi, 1996.

Cauquelin, Anne: *A Arte Contemporânea*. Rés, 1992.

Carlos Vieira de Andrade, José: *A Justiça Administrativa*. Almedina, Coimbra, 2005.

Casalta Nabais, José: *Introdução ao Direito do Património Cultural*. Almedina, Coimbra, 2010.

Cirlot, Lourdes: *Museu Nacional de Arte Antiga*. Colecções Planeta Agostini, 2005.

Contel, Raphaël: *Questions de Culture (s)? Convention UNESCO 2005 sur la Protection et La Promotion de la Diversité des Expressions Culturelles,* disponível em: *www.facultas.lduv.*

Costa Pinto, António: *Portugal Contemporâneo*. Sequitur, 2000.

Cummis, A.: *Promoting the Use of Mediation in Resolution of Disputes over the Ownership of Objects in Museum Collections,* disponível em: *www.icom.museum/satement_mediation_eng.html.*

De Jesus Ferreira Alves, Jorge: *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados*. Legis, Porto, 2008.

Eco, Umberto: *A Definição da Arte*. Arte e Comunicação, Edições 70, 2000.

Ferreira da Cunha, Paulo: *Princípios de Direito. Introdução à Filosofia e Metodologia* Jurídicas, Rés, Porto, 1993.

– *Direito, Poder e Pro-Vocação Artística*. Estudos em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias, vol. 4, 2010, pp. 209-239.

– *O Tímpano das Virtudes: Arte, Ética e Direito*. Almedina, Coimbra, 2004.

Ferreira de Almeida, Carlos: *História da Arte em Portugal. O Românico*. Editorial Presença, 2001.

Focillon, Henri: *Arte do Ocidente. A Idade Média Românica e Gótica*. Teoria da Arte, Editorial Estampa, 1978.

Forrest, C.: *International Law and the Protection of Cultural Heritage*. Routledge, 2010.

Frigo, Manlio: *La Circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitário e diritto interno*. Vol. 18 de Italia e la vita giuridica internazionale: collana di testi, cosi, documenti, Giuffrè Editore, 2007.

Goffen, Rona: *The Calouste Gulbenkian Museum. Lisbon Museums Discovered*. New York Graphic Society, Greenwich USA, 1995.

Gomes Canotiho, J.: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, Coimbra, 1998.

Goodrich, Peter: *Legal Emblems and the Art of Law: obiter depicta as the vision of governance.* Cambridge University Press, 2013.

Guillaume-Hofnung, Michèle: *Fondements Conceptuels d´une Pratique de Médiation,* disponível em: *www.societestrategie.fr/pdf/agir24txt04.pdf.*

Guimarães, Fernando: *A Obra de Arte e o seu Mundo.* Edições Quasi, 2007.

Habermas: *Modernity and Law.* Sage Publications, 1996.

Hadjllvicolaou, Nicos: *História da Arte e Movimentos Sociais.* Edições 70, 1973.

Hauser, Arnold: *A Arte e a Sociedade.* Editorial Presença, 1973.

Helena da Rocha Pereira, Maria: *A Coleção de Vasos Gregos da Universidade do Porto.* Universidade do Porto 100, Porto, 2011.

Hoog, Michel e Hoog, Emmanuel: *O Mercado da Arte,* Rés, 1995.

Huyghe, René: *Sentido e Destino da Arte (I).* Arte e Comunicação, Edições 70, 1986.

Journal of International Commercial Law and Technology, vol. 6, Issue 1, 2011, disponível em: *www.art-law.org.*

Laure Bandle, Anne: *Fakes, Fears and Findings. Disputes over the Authenticity of Artworks.* TDM 2013, disponível em: *www.transnational-dispute-management.com* ou *www.art-law.org/Centre/publications/bandle_TDM-0114pdf.pdf.*

Laure Bandle, Anne e Heurich, Sarah: «Alternative Dispute Resolution and Art Law. A New Research Project of the Geneva Art Law Centre». *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 6, Issue 1, 2011, disponível em: *www.art-law.org.*

Legrand, Gérard: *A Arte Romântica.* Edições 70, 2001.

Lídia Pinto, Ana, Cambotas, Manuela e Meireles, Fernanda: *História da Arte Ocidental e Portuguesa das Origens ao Final do Século XX.* Porto Editora, 2001.

Lisa Tota, Anna: *A Sociologia da Arte. Do Museu Tradicional à Arte Multimédia.* Temas de Sociologia, Editorial Estampa, 2000.

Luc Chalumeau, Jean: *As Teorias da Arte. Filosofia, Crítica e História da Arte.* Instituto Piaget, 1997.

Malraux, André: *As Vozes do Silêncio I. Museu Imaginário (O) Metamorfoses de Apolo (As).* Colecção Vida e Cultura, Edição Livros do Brasil, Lisboa, 1988.

Mário Gonçalves, Rui: *Vontade de Mudança. Cinco Décadas de Artes Plásticas.* Caminho, Colecções Universitárias, 2004.

Martín Gavilán, César: *La Legislación Española sobre Património Artístico Bibliográfico y Documental. La Ley de Propriedade Intelectual.* Temas de Biblioteconomía, 2009, disponível em: *www.eprints.rclis.org/14060/1/patrimpipdf.*

Melo, Alexandre: *Arte*. Quimera, 2001.

Millet, Catherine: *A Arte Contemporânea*. Biblioteca Básica de Ciência e Cultura, 1997.

Palmer, N.: *The Recovery of Stolen Art*. Klumer, 1998.

Panofsky, Erwin: *O Significado nas Artes Visuais*. Editorial Presença, 1989.

Pereira, Paulo: *2000 Anos de Arte em Portugal*. Temas e Debates, 1999.

– *História da Arte Portuguesa*. Volumes I; II; III, Temas e Debates, 1999.

Pomar, Júlio: *Da Cegueira dos Pintores*. Imprensa Nacional, 1986.

Prowda, Judith: *Visual Arts and the Law*. Almedina, 2013.

Quadros, António: *Fazer Falar a Pintura*. Universidade do Porto, Porto, 2011.

Quinta, João: *Museu Nacional de Arte Antiga. Museus do Mundo*. Centro Editor PDA, 2005.

Quintana, *Revista de Estudos do Departamento de História de Arte da Universidade de Santiago de Compostela*, 2010, disponível em: *www.usc.es/*.

RAZÓN Y PALABRA: *Ibero-América Y La Estrategia de Cooperación Luso-Española en Cultura Y Comunicación,* disponível em: *www.razonypalabra.org*.

Read, Herbert: *Educação pela Arte*. Edições 70, 2007.

Reis Marques, Mário: *Introdução ao Direito*. Vol. I, Almedina, Coimbra, 2012.

Renold, Marc-André e Cornu, Marie: «Le Renouveau des Restitutions de Biens Culturels: Les Modes Alternatifs de Règlement des Litiges». *Journal du Droit International* (Clunet), nº 2, 2009, disponível em: *www.portal.unesco.org/culture/fr/files/39157/12433501103Cornu-Renold-Fr.pdf/Cornu-Renold.Fr.pdf*.

Salazar, Abel: *Que é* Arte. Campo das Letras, 2003.

Schubert, Eva: *A Arte Mudéjar. A Estética Islâmica na Arte Cristã. Museu Sem Fronteiras*. Civilização Editora, 2000.

Sobrino Manzanares, Maria Luisa: *Quintana, Revista de Estudos do Departamento de História da Arte,* Universidade de Santiago de Compostela, disponível em: *www.usc.es/arte/quintana*.

Taylor, Francis: *Law and Art*. Almedina, 2012.

Tzara, Tristan: *Dada Manifesto 1918,* disponível em: *www.mariabuszek.com/Kcai/DadaSurrealism/DadaSurrReadings/TzaraD1.pdf*.

Torres, Claúdio; Macías, Santiago e Gomez, Susana: *Terras da Moura Encantada. Arte Islâmica em Portugal*. Museu sem Fronteiras, 1999.

VRDOLIJAK, A. F.: *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*. Cambridge University Press, 2006.

WAGNER, Richard: *A Arte e a Revolução*. Edições Antígona, 2000.

– *A Obra de Arte do Futuro*. Edições Antígona, 2003.

WILDE, Oscar: *Intenções. Quatro Ensaios sobre Estética*. Ensaio, 1993.

WORLD HERITAGE CENTRE, *Orientações Técnicas para a Aplicação da Convenção do Património Mundial,* disponível em: *www.whc.unesco.org/fr/orientations/.*

Una aproximación al Derecho del arte en la Argentina. Las obras de arte y los derechos del artista

MARÍA PÍA ITURRALDE
Abogada / Agente de Propiedad Intelectual

SUMARIO: LISTADO DE ABREVIATURAS. PRÓLOGO. 1. INTRODUCCIÓN. ¿QUÉ ES ARTE PARA EL DERECHO ARGENTINO? ¿ES RELEVANTE JURÍDICAMENTE LA CLASIFICACIÓN DE UN BIEN COMO OBRA DE ARTE? 2. ARTE Y PATRIMONIO CULTURAL. *2.1. Derecho aduanero. Importación y exportación de arte. 2.2. Bienes culturales robados o exportados. 2.3. Registro de patrimonio cultural: Ley 25.197/1999.* 3. DERECHOS DEL ARTISTA. *3.1. La libertad de expresión.* 3.1.1. Introducción. 3.1.2. La libertad de expresión artística. 3.1.3. La garantía de libertad de expresión artística en la CNA. 3.1.4. La libertad de expresión artística en la jurisprudencia. A. El Poder de Policía. B. La Libertad de Cultos – Invasión a la Privacidad – Ofensa a la Moral. *3.2. La propiedad intelectual.* 3.2.1. Perspectiva histórica: la CNA. 3.2.2. Principios generales en jurisprudencia y doctrina. A. Reflexiones. 3.2.3. Naturaleza de los derechos de autor. A. De los derechos patrimoniales. B. De los derechos morales. 3.2.4. Lineamientos generales de la Ley de Propiedad Intelectual 11.723/1933. 3.2.5. Duración de los derechos – Formalidades. 3.2.6. Distinción entre el objeto que contiene la obra y los derechos del artista. 3.2.7. Obra-concepto. 3.2.8. Requisitos para la protección. A. Fijación. B. Expresión e Ideas. C. Originalidad y módica cuota de creatividad. 3.2.9. Reflexiones.

LISTADO DE ABREVIATURAS

CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNA	Constitución Nacional Argentina
CNCAF	Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal
Cons.	Considerando
CSJN	Corte Suprema de Justicia Nacional
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PRÓLOGO

El arte importa la transformación del acervo colectivo, de lo ya existente, de lo que nos rodea; genera sentimientos, emociones, reacciones, nos incentiva, nos renueva.

El llamado «derecho del arte» es una rama multidisciplinaria que involucra cuestiones tales como de derechos de autor, impositivas, de libertad de expresión, comerciales, de preservación de patrimonio, de derecho internacional privado y público. Comprende también otras disciplinas como la arqueología, la antropología, la museología, la historia y la historia del arte.

En este trabajo intentaré abordar el régimen jurídico del arte y del artista en la Argentina, pero solo en relación a alguno de los variados temas comprendidos. El eje principal estará en los derechos del artista, analizados desde la órbita de la libertad de expresión y del sistema de los derechos de autor. Ambos sistemas encuentran su base en la Constitución Nacional Argentina, siendo que el primero contribuye al desarrollo individual del artista y al del espectador en su faz individual y humana, y el segundo a promover fines colectivos, tales como acrecentar el acervo cultural y lograr el bienestar, el progreso y la educación de la sociedad.

El trabajo está realizado en el siguiente orden: luego de una breve introducción haré una referencia al marco legal vigente en relación a la importación y exportación de obras de arte, a las convenciones sobre tráfico lícito de obras de arte de las que Argentina es parte y a que constituyen bienes culturales para nuestro derecho; para luego dedicarme a la libertad de expresión y el sistema de los derechos de autor.

Al plantear el tema de la libertad de expresión del artista he tenido como propósito concientizar al lector de la relevancia que tiene para la sociedad el respeto de esta garantía individual.

El régimen de los derechos de autor determina los derechos del artista en relación a su obra, y en este tema me he tomado la libertad de realizar un análisis histórico del sistema, con la plena consciencia que excede el área de interés del arte pero que es a la vez necesario, ya que nos permite dar a las normas que rigen esta materia una interpretación congruente con el fin que están destinadas a cumplir.

A lo largo de este trabajo he utilizado fotografías de obras de arte con el doble propósito de exponer al lector al aspecto multidisciplinario del tema y a la comprensión de los problemas planteados en cada caso.

Han quedado por abordar muchas situaciones que plantean interrogantes puntuales dentro del área del arte y la propiedad intelectual que serán objeto de análisis en trabajos posteriores, pero espero que este trabajo cumpla su cometido y permita conocer las principales instituciones de este derecho en el régimen jurídico argentino.

1. INTRODUCCIÓN. ¿QUÉ ES ARTE PARA EL DERECHO ARGENTINO? ¿ES RELEVANTE JURÍDICAMENTE LA CLASIFICACIÓN DE UN BIEN COMO OBRA DE ARTE?

La categoría «obras de arte» requiere ser definida en situaciones en las que un juez, un agente o el legislador tiene que decidir si un objeto determinado debe o no ser considerado una obra artística. Cabe preguntarse si para realizar esta determinación debieran considerarse los méritos artísticos de la obra, sobre todo teniendo en cuenta que tal decisión tendrá consecuencias legales y prácticas.

Cuando digo méritos no me refiero a criterios estéticos sino a juicios objetivos tales como la importancia de la obra, la calidad de artista, su trayectoria, reconocimientos, etc. ¿Es posible frente a estos casos expedirse en forma neutral y no en virtud de los gustos particulares?

La importancia de clasificar o no un bien en la categoría de «obra de arte» dependerá del marco jurídico específico en el que deba hacerse la categorización. Es así que para el Derecho Aduanero, a los fines de que la importación o exportación de una obra de arte goce de una exención impositiva, la obra debe estar comprendida en uno de los supuestos que taxativamente enumera la Ley 24.633/1996 de libre circulación de obras de arte.

Si bien el arte se materializa en objetos o bienes que están en el comercio, la sociedad a través de sus instituciones públicas y privadas concede a las obras de arte un lugar especial, con una valoración inmaterial de la que no gozan los demás bienes que están en el comercio. Las obras de arte tienen un valor cultural inherente que las diferencia de los demás bienes.

Sin embargo, como veremos en el ámbito aduanero, la categorización que realiza la ley no refleja cabalmente esa situación de privilegio, y es por el contrario limitada, llevando a situaciones injustas y dejando afuera casos que debieran estar comprendidos en ella. Por el valor que el arte tiene para la cultura y la sociedad las consecuencias negativas exceden al artista.

En el área de patrimonio cultural, las obras de arte son una parte muy pequeña de un universo de bienes materiales e inmateriales, que aún resta precisarse. La Ley 25.197/1999 ordena la creación de un registro de bienes culturales, siendo una norma excesivamente vasta, comprendiendo dentro de ella todo tipo de bienes «y seres» dentro de los que se encuentran las obras de arte, sin que estas gocen de una ubicación particular en relación a los demás bienes. Esta ley no refleja más que una intención de cumplir con una normativa internacional, y el deseo de poder perseguir la restitución en caso de exportación de bienes clasificados como culturales. La ley enumera en forma genérica todos los bienes tangibles e intangibles que puedan existir o llegar a existir. Para esta ley la determinación de si un bien es o no obra de arte resulta irrelevante ya que casi cualquier objeto puede incluirse cómodamente dentro del rótulo «bien cultural».

En el área de los derechos del artista –la libertad de expresión y el régimen de los derechos de autor– es quizás en donde mayor relevancia legal adquiere la cualidad de obra de arte y de artista. Es a estas dos áreas a las que abocaré mi análisis con mayor detenimiento.

Hay una cierta sensibilidad de los jueces hacia la libertad de expresión del artista, más en el principio que en el contenido. El mensaje expresivo del arte está comprendido dentro de la libertad de expresión garantizada a la prensa en la CNA. Y si bien el artista y su obra ocupan ese lugar especial al que me he referido más arriba, no es evidente que tan especial es aquí cuando entran en juego otros intereses o libertades. Tampoco está muy claro si tiene o no relevancia el mérito artístico de la obra –o del artista– para el goce pleno de esta libertad.

En cuanto a la propiedad intelectual o derechos de autor[1], la Ley 11.723/1933 de Propiedad Intelectual ha dejado a los jueces el rol de legisladores en la determinación de qué es una obra artística, qué requisitos debe reunir para su amparo legal, cuál es la extensión de la protección legal frente a otros derechos, cuál es el alcance de los derechos morales del artista, etc. En muchos casos en donde se alega una infracción a algún derecho del autor, los tribunales recurren a peritos a fin de que éstos interpreten las obras y determinen su mérito, diferencias o parecidos, o se colocan ellos en situación de expertos, a pesar de que la ley no insinúa ni establece que las obras protegidas deban reunir cualidades artísticas o estéticas determinadas. Hay sin embargo un aspecto del ejercicio de estos derechos en donde el mérito artístico –en el sentido explicado al principio de este punto– debiera ser evaluado. Me refiero al derecho moral de integridad del artista. Este derecho es reconocido sistemáticamente frente a situaciones en que no hay un perjuicio al honor o reputación del artista y que sin embargo sí hay un perjuicio económico para el propietario de la cosa material en donde se ha plasmado la obra.

2. ARTE Y PATRIMONIO CULTURAL

2.1. DERECHO ADUANERO. IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE ARTE

En relación a la importación y exportación de obras de arte[2], la Ley 24.633/1996 tiene como objeto establecer un régimen de libre movimiento de obras de arte de artistas argentinos o extranjeros, vivos o fallecidos hasta 50 años.

Esta ley contiene una enumeración taxativa de las obras que considera «obras de arte» a los efectos de gozar el beneficio impositivo:

1. A lo largo del trabajo utilizo en forma indistinta «propiedad intelectual» y/o «derechos de autor»; «autor» y/o «artista».
2. El beneficio impositivo no rige para el ingreso de obras de arte ingresadas al país como equipaje acompañado.

*«**ART 1º –** Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a la importación y/o exportación de las siguientes obras de arte de artistas vivos o fallecidos hasta 50 años a contar de la fecha del deceso del autor, sean argentinos o extranjeros, hechas a mano con o sin auxilio de instrumentos de realización o aplicación, incluyendo aerógrafos:*

1. Pinturas realizadas sobre telas, lienzos, cartón, papel o cualquier otra clase de soportes con aplicaciones al óleo, acrílicos, pastel, lápiz, sanguínea, carbón, tinta, acuarela, témpera, por cualquier procedimiento técnico, sin limitación en cuanto a la creación artística.

2. Collage y asamblage. Cuadros matéricos con aplicación de pintura o no; cuadros que introducen objetos en su estructura proporcionando un efecto de relieve; combinación de cuadro pintado y montaje de materiales; obras que resulten exclusivamente de pegar y montar diversos objetos sobre cajas y/o placas o chapas.

3. Esculturas: las piezas de bulto o en relieve ejecutadas en piedra, metales, madera, yeso, terracota, arcilla, fibrocemento, materias plásticas u otros materiales.

4. Grabados, estampas y litografías originales. Las impresiones en aguafuerte, punta seca, buriles, xilografías, litografías y demás planchas grabadas por cualquiera de los procedimientos empleados en ese arte; las pruebas obtenidas directamente en negro o en color en una o varias planchas con exclusión de cualquier procedimiento mecánico o fotomecánico, serigrafías artesanales.

5. Cerámicas: las obras que se realizan por acción del fuego sobre cualquier clase de material, ya sean creaciones unitarias o en serie, siempre que esta última constituya una línea de reproducción hecha a mano por el artista.

6. Arte textil que comprende técnicas tejidas y no tejidas (papel hecho a mano y fieltro), con exclusión de cualquier procedimiento mecánico o industrial hechos en serie y que además no constituyan una línea de reproducción hecha a mano por el artista ni que constituyan una artesanía».

*«**ART 2º –** No están comprendidas en esta ley las copias, réplicas o reproducciones de obras de arte; las tallas en coral, marfil u otros materiales de lujo, ni las realizaciones artísticas a mano sobre piezas provenientes de procedimientos industriales en serie».*

Esta ley continúa una enumeración taxativa de las obras que considera «obras de arte» a los efectos de gozar el beneficio impositivo. En dicho listado no están incluidas ni las fotografías ni las serigrafías ni las obras audiovisuales y sí están incluidos objetos tales como cerámicas o tejidos que desde por ejemplo la perspectiva de los derechos de autor sería difícil encuadrar como obra.

Tanto del informe de la comisión de senadores que redactó el proyecto de esta ley, como de los informes de la comisión de diputados, surge clara y expresamente que el espíritu del legislador fue el de liberar el movimiento de las obras de arte, y no consta ningún antecedente que objete la inclusión de las obras fotográficas, de las obras audiovisuales y de las serigrafías[3]. Es evidente que la omisión

3. Ver Congreso Nacional Libro de sesiones Cámara de Senadores 20/03/1996, p. 1003

se debe a un error y que no hubo una exclusión intencionada en el legislador, sin embargo la ley data del año 1996, aún no ha sido modificada y la posición de las autoridades aduaneras es no extender el beneficio a obras no incluidas en la enumeración, tales como la fotografía[4].

Cabe preguntarse qué sucede con los materiales que un artista necesita para armar instalaciones artísticas, las que no están previstas en la ley comentada. En el caso por ejemplo que un museo estuviera interesado en contratar al artista búlgaro-americano Christo –famoso por sus mega instalaciones– para realizar una instalación del tipo que se ve en la figura reproducida más abajo, que requirió cientos de kilómetros de tela ¿Habrá que pagar un seguro de caución para realizar la instalación? ¿Cómo hará eventualmente el museo para justificar que se trata de una obra de arte? ¿Bastará con que acompañe pruebas que den cuenta del reconocimiento internacional de Christo como artista plástico?



«**Big Air Package**»
Especie de Globo inflado sin estructura
Christo, Alemania, 2010-2013.

4. El siguiente es un extracto de la Reunión nº 7 del 11 de noviembre de 2009 del Comité Aduanero de protección y facilitación del patrimonio Artístico y Cultural de la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) disponible en *http://www.afip.gob.ar/Aduana/foro/comiteAduanero/reunion7.asp*: «Incidencia de las licencias no automáticas a las importaciones de obras de arte comprendidas en la Ley 24.633 y aquellas no comprendidas, como por ejemplo las fotografías». «La Lic. Alejandra Cabral informa que las referidas licencias abarcan a la totalidad de las mercaderías, siendo que las Resoluciones emanadas del Ministerio de Economía no contemplan excepciones para su aplicación. Por tal motivo se indica al peticionante que cualquier requerimiento en este sentido tendrá que canalizarlo a través de la Secretaría de Industria, Comercio y Pyme, ya que la Dirección General de Aduanas en este aspecto solo tiene facultades de fiscalización».

2.2. BIENES CULTURALES ROBADOS O EXPORTADOS

La Argentina ha adherido a la Convención de la UNESCO de 1970 mediante la sanción de la Ley 19.943/1972; y a la Convención de UNIDROIT de 1995 mediante Ley 25.257/2000. Ambas convenciones tratan sobre la transferencia ilícita de bienes culturales; la primera versa básicamente sobre medidas de prevención mientras la segunda establece ciertos mecanismos para instrumentar la restitución y reparación económica en su caso.

La Convención de UNESCO establece una serie de medidas que deben adoptar los países miembros a fin de evitar la importación, la exportación y la transferencia ilícita de bienes culturales. A la fecha se han adherido a esta convención 127 países.

En el Artículo 1 dice:

«...se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico;

b) los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;

c) el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos;

d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;

e) antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;

f) el material etnológico;

g) los bienes de interés artístico tales como:

- *i) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano);*
- *ii) producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material;*
- *iii) grabados, estampas y litografías originales;*
- *iv) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia;*

h) manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones;

i) sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;

j) archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos;

k) objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos».

Esta convención impone a los estados la obligación de tomar medidas preventivas tales como inventariar los bienes culturales, difundir la importancia de su protección, y organizar un sistema de control y cuidado de los mismos, tomar medidas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes. De manera más indirecta y bajo reserva del derecho nacional, se prevé de igual forma disposiciones en materia de restitución y cooperación.

UNIDROIT se aplica solamente a los bienes culturales robados o exportados ilícitamente desde un país parte de UNIDROIT a otro también parte. A la fecha se han adherido a UNIDROIT solamente 36 países. UNIDROIT y UNESCO utilizan las mismas definiciones de bienes culturales y establecen las mismas categorías descriptas en el Artículo1 de la Convención de la UNESCO, transcripto arriba.

UNIDROIT provee un abordaje uniforme para el caso que un bien cultural sea vendido en otro país adherente. Al poseedor de un bien cultural robado ilegítimamente se le reconoce una compensación equitativa a condición de que a) no supiese o hubiese debido razonablemente saber que el bien era robado, y b) de que pudiese demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición. Las demandas de devolución o restitución de bienes culturales presentadas por un Estado contra la Argentina se deberán plantear vía diplomática o consular, ya que este fue el mecanismo elegido por nuestro país. La restitución debe requerirse dentro de un plazo de hasta tres años a partir del momento en que el demandante haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor, y dentro de un plazo de cincuenta años desde el momento en que se produjo el robo. Pero si el bien es parte integrante de un monumento o de un lugar arqueológico identificado, o que pertenezca a una colección pública, no corre ningún plazo de prescripción salvo el de los tres años desde que se tomó conocimiento. Son colecciones públicas para UNIDROIT:

Artículo 7 «...todo conjunto de bienes culturales inventariados o identificados de otro modo que pertenezcan a:

a) un Estado contratante

b) una colectividad regional o local de un Estado contratante;

c) una institución religiosa situada en un Estado contratante; o

d) una institución establecida con fines esencialmente culturales, pedagógicos o científicos en un Estado contratante y reconocida en ese Estado como de interés público».

La Convención no se aplica a aquellos bienes que se hayan exportado en vida de la persona que los creó, o durante un período de cincuenta años después del fallecimiento de esa persona (exportación e importación regulada por la Ley 24.633/1996 –de libre circulación de obras de arte ya citada– cuando esos bienes sean obras de arte de las enumeradas en dicha norma).

2.3. REGISTRO DE PATRIMONIO CULTURAL: LEY 25.197/1999

Patrimonio Cultural. Centralización del ordenamiento de datos de los bienes culturales de la Nación. Bienes culturales histórico-artísticos. Registro Único de Bienes Culturales.

Mediante la Ley 25.197/1999 se dispuso crear un registro de todos los bienes culturales que forman el patrimonio cultural argentino. Los bienes que se incorporen en este régimen entraran en la categoría de «colección pública conforme los términos de la Convención UNDROIT:

*«**ARTICULO 1º** – La presente ley tiene por objeto la centralización del ordenamiento de datos de los bienes culturales de la Nación, en el marco de un sistema de protección colectiva de su patrimonio que a partir de la identificación y registro del mismo será denominado Registro Nacional de Bienes Culturales».*

*«**ARTICULO 2º** – A los efectos de la presente ley se entiende por "bienes culturales", a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino.*

Se entiende por "bienes culturales histórico-artísticos" todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irreemplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico.

Por lo tanto, será un "bien cultural histórico-artístico" aquel que pertenezca a alguna de las siguientes categorías:

1. El producto de las exploraciones y excavaciones arqueológicas y paleontológicas, terrestres y subacuáticas.

2. Los objetos tales como los instrumentos de todo tipo, alfarería, inscripciones, monedas, sellos, joyas, armas y objetos funerarios.

3. Los elementos procedentes del desmembramiento de monumentos históricos.

4. Los materiales de interés antropológico y etnológico.

5. Los bienes que se refieren a la historia, incluida la historia de las ciencias y las técnicas, la historia social, política, cultural y militar, así como la vida de los pueblos y de los dirigentes, pensadores, científicos y artistas nacionales.

6. Los bienes inmuebles del patrimonio arquitectónico de la Nación.

7. Los bienes de interés artístico tales como:

– Pinturas y dibujos hechos sobre cualquier soporte y en toda clase de materias.

– Grabados, estampas, litografías, serigrafías originales, carteles y fotografías.

– Conjuntos y montajes artísticos originales, cualquiera sea la materia utilizada.

– Obras de arte y artesanías.

– Producciones de arte estatutario.

– Los manuscritos raros e incunables, códices, libros, documentos y publicaciones de interés especial, sueltos o en colecciones.

– Los objetos de interés numismático, filatélico.

– Los documentos de archivos, incluidos colecciones de textos, mapas y otros materiales, cartográficos, fotografías, películas cinematográficas, videos, grabaciones sonoras y análogas.

– Los objetos de mobiliario, instrumentos musicales, tapices, alfombras y trajes».

Mediante la Ley 26.306/2007 se agregó a la categoría de bienes culturales del primer párrafo del artículo 2º a los meteoritos y demás cuerpos celestes que se encuentren o ingresen en el futuro al territorio argentino, espacio aéreo y aguas jurisdiccionales.

El artículo 2 dispone que serán bienes culturales todo aquello que tenga un valor artístico, histórico, científico «excepcional» o «un valor universal o nacional excepcional» cabe preguntarse cómo y quién determinará ese carácter. El registro a crearse comprenderá bienes de aquellas categorías descriptas en la Convención –y más– ya que en relación a ciertos bienes la Convención los ha listado con una antigüedad de más de 100 años y la ley ha quitado ese antigüedad, es decir que todo objeto mobiliario, alfombra moderna o antigua estará registrada como bien cultural.

Paradójicamente la categoría «bienes artísticos» excede la enumeración que realiza la Ley 24.633/1996 de circulación de obras de arte comentada más arriba, ya que comprende también a las obras audiovisuales, fotografías y montajes artísticos.

3. DERECHOS DEL ARTISTA

3.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

«Encarnado en nuestras nociones y hábitos tradicionales, el sistema prohibitivo nos arrastra involuntariamente a derogar por la ley, por el decreto, por el reglamento, las libertades que aceptamos por la Constitución»[5].

5. Alberdi, Juan Bautista *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1993, p. 44.

3.1.1. Introducción

¿No es acaso la diversidad de opiniones el mejor instrumento para ilustrar la mente, instruirla y construirnos como seres racionales y sociales?

Thomas L. Emerson, quien diera forma a la ley de derechos civiles norteamericana, sostuvo que los valores perseguidos al proteger el derecho a la libertad de expresión podían agruparse en cuatro categorías**: 1)** Como derecho necesario para asegurar la realización personal, **2)** como medio hacia la verdad, **3)** como método para asegurar la participación de los miembros de la sociedad en los procesos de decisiones, tanto en el orden social como en el político, y **4)** como forma de mantener el balance entre estabilidad y cambio en una sociedad.

Sostiene Emerson que ***la realización personal comienza con el desarrollo de la mente.*** Cada individuo es influenciado por sus pares, muertos y vivos, pero su mente es suya y su funcionamiento es necesariamente un asunto individual. De ello se sigue que cada hombre en el desarrollo de su personalidad tiene el derecho de formar sus propias opiniones y creencias, y lógicamente también tiene el derecho de expresarlas, ya que de otro modo serían de poco valor. Es por ello que la expresión es una parte esencial del desarrollo de las ideas y en la afirmación de uno mismo.

– En tanto ***medio para lograr la verdad:*** En la teoría tradicional la libertad de expresión no constituye solamente un bien individual sino también un bien social, necesario para empezar el mejor proceso para promover el conocimiento y el descubrimiento de la verdad. En este aspecto, la teoría parte de la premisa que se llega al más sólido y racional juicio cuando se consideran todos los hechos y argumentos que uno pueda poner a favor o en contra de cualquier preposición. El individuo que busca el conocimiento y la verdad debe escuchar todos los lados de una pregunta.

– La tercera función básica del sistema de libertad de expresión ***es producir participación*** en las decisiones a través de un proceso de discusión abierta disponible a todos los miembros de la comunidad. Partiendo de la base que los hechos son descubiertos y las opiniones formadas, el sistema pide la participación de todos. El derecho que tienen todos los miembros de una sociedad de formar sus propias creencias y de comunicarlas libremente a otros, debe ser considerado como un principio esencial en una sociedad organizada democráticamente.

– Balance entre estabilidad y cambios: La discusión abierta que garantiza la libertad de expresión es un método para obtener una sociedad más adaptable y al mismo tiempo más estable. Cuando el hombre ha aprendido como funcionar dentro de la ley, una sociedad abierta será entonces una sociedad más fuerte. La supresión de la discusión hace imposible un juicio racional, en efecto sustituye lógica por fuerza[6].

6. Emerson, Thomas, en «Toward a General Theory of the First Amendment», 72, *YALE, L. J,* 1963, pp. 877-887. He incluido en éste trabajo solo los lineamientos del pensamiento de Emerson, para una lectura completa remito al artículo citado.

3.1.2. La libertad de expresión artística



«Manifestación»

Temple sobre arpillería

Antonio Berni, 1934.

A través de la historia, el arte ha servido como medio de comunicación extendiendo nuestro lenguaje visual en forma permanente. Los artistas han intentado encontrar nuevos caminos para expresar sus ideas, ya sean éstas religiosas, sociales, políticas, de propaganda, de la belleza, de la perfección, etc. Y de este modo cada obra constituye la expresión de una idea en el contexto de ciertos valores, cultura y eventos de un momento específico en la historia.

La expresión artística es comunicación expresiva pura, al menos en los casos de obras de arte concreto, en donde el mensaje del artista es representado a través de figuras, textos o imágenes. Pero también hay comunicación, aunque quizás en un orden menos claro cuando estamos frente a obras de arte abstracto o conceptual[7].

7. Las instalaciones o performances artísticas en lugares públicos, constituyen también expresión artística, pero como involucran expresión y acciones por parte del artista, pueden estar expuestos a límites o escrutinio, no por su contenido sino por su despliegue físico. Instalaciones tales como las que realiza el artista americano Spencer Tunick que convoca a miles de personas desnudas en lugares simbólicos de distintas ciudades del mundo para sus obras fotográficas, o las instalaciones de la artista italiana Vanessa Beecroft son hechos artísticos que requieren necesariamente de ciertas limitaciones en

Desde Platón hasta nuestros días los gobiernos son conscientes de su capacidad de apelar al intelecto, y en mayor medida a las emociones, y han censurado así en pos del Estado manifestaciones individuales comunicativas como la literatura, la música y las artes. Se han quemado libros, autores y artistas han sido condenados o expulsados de sus países por su mensaje político o religioso. En el contexto de las artes visuales, las propias obras de arte han sido objeto de censura y destrucción. Obras de arte con el «mensaje equivocado» han sido destruidas o sujetas a regulaciones arbitrarias de gobiernos de turno.

En algunos casos la libertad de expresión de un artista ha entrado en conflicto con otras libertades individuales por el mensaje explícito de su obra; en otros casos con el poder de policía del estado. ¿Debiera la libertad de expresión artística ocupar una posición preferencial en relación a otras libertades garantizadas por la CNA? ¿Qué valor social tiene la libertad de expresión artística?

Con la convicción de que la defensa de esta libertad no solo es importante para el desarrollo del artista sino para el espectador en tanto individuo, reproduzco a continuación un hecho acontecido en relación a una obra del artista italiano Maurizio Cattelan y una breve entrevista en la que el artista nos muestra que hay detrás de su obra.

La obra «La Nona Ora» del artista italiano Maurizio Cattelan, exhibida en la Bienal de Arte de Venecia del 2001, representando el Papa Juan Pablo II golpeado por un meteorito, causó un profundo rechazo cuando fue exhibida en Polonia, en la Galería Nacional de Varsovia. Dos políticos polacos ordenaron retirar el meteorito e intentaron poner la escultura sobre sus pies y solicitaron al primer ministro la renuncia de la directora del museo señalando su origen judío y acusándola de gastar el dinero del estado en obras de arte ofensivo[8].

cuanto a tiempo y lugar de desarrollo, teniendo en cuenta el derecho de los vecinos, y de quienes circulan por el lugar en donde se lleva a cabo la instalación.

8. Maurizio Cattelan All, *Guggenheim Museum Publications*, 2011, p. 93.



«La Nona Ora» (The Ninth Hour)

Escultura en cera, ropa, resina, roca volcánica, alfombra, vidrio, dimensiones variables. 1999

Maurizio Cattelan (b. 1960)

A. B.: *¿Puede decirnos algo acerca de La Nona Ora?*

Maurizio Cattelan: *Me gustaría pensar como una escultura que no existe. Una imagen tridimensional que se disuelve en comunicación pura –un objeto desapareciendo en el flujo de información, noticias, comentarios, titulares, diarios y otros espectáculos seductores–. Por otro lado, «La Nona ora» podría ser un mal chiste tomado muy seriamente, un ejercicio del absurdo. La Nona Ora es en primer lugar una imagen rápida, un mecanismo para incorporar diferencias en una síntesis visual. Cuando la gente es distinta trata de interactuar solamente a través de la guerra o del arte. Yo prefiero usar el arte como campo de estudio para confrontar.*

AB: *El Papa es un ícono, reconocido universalmente. Como una figura popular ¿qué significado tiene para usted?*

Maurizio Cattelan: *Soy un miembro de la sociedad, no importa mucho lo que el Papa significa para mí, sino lo que significa para todo el mundo. No creo en el artista como una figura solitaria, escondido en su torre de marfil. Lo que trato de hacer es conectar imágenes y tensiones y de poner juntos diferentes impulsos: Quiero que la religión y la blasfemia choquen, como lo hacen en nuestra vida cotidiana. Piense en cualquier día de su semana. Usted se levanta, puede ser que rece y piense acerca de alguna verdad metafísica. Y luego dos minutos más tarde está atascada en el tráfico, sufriendo y sudando y poniéndose ansiosa. Nuestra vida está basada en contradicciones. En ese sentido, el Papa es solo un pretexto, una forma de levantar un espejo frente a nuestra mediocridad y confusión. Vivimos una existencia esquizofrénica feliz, así que podemos empezar a disfrutar nuestros síntomas.*

AB: *¿Qué piensa acerca del hecho que La Nona Ora tiene solo dos años y ha sido vista como un ícono?*

Maurizio Cattelan: *Lo que más me asusta es la forma en que los escándalos y los consensos parecen ir de la mano en estos días. No puedes salirte del sistema, no puedes ser radical: todo está estipulado, valorado y catalogado. Estamos eternamente en descanso, paralizados. Al final, cada uno mata aquello que ama*[9].

Las obras de arte comunican ideas o evocan la historia de un lugar, de una sociedad. La destrucción de los Budas de Bamiyan, en Afganistán, ordenada por los talibanes en el año 2001, por razones religiosas, llevada a cabo aún y a pesar de ofertas de compra por parte de gobiernos y museos de distintos lugares del mundo, fue un fuerte mensaje para los afganos, los árabes y la comunidad internacional.

La reciente decisión de la Presidente de nuestro país, ordenando el retiro de una monumental estatua de Cristóbal Colón ubicada desde el año 1921 frente a la Casa de Gobierno Nacional Argentino, sin una razón técnica/objetiva que la respaldara y fundada solamente en su voluntad de cambiarla por otra escultura con un mensaje político distinto, es otra muestra de la poderosa fuerza comunicativa que puede tener el arte y de cómo los gobiernos apelan también al arte para imponer una ideología o el rechazo de otra que no sea la «correcta»[10].

¿Cuál es la protección que la ley argentina otorga al artista frente a situaciones de censura? ¿Qué grado de protección recibe la libertad de expresión artística

9. Ver: *http://www.christies.com/LotFinder/lot_details.aspx?intObjectID=2051684#top.*
10. El conjunto artístico pesaba 623 toneladas y medía 26 metros de altura. Realizado en mármol de Carrara, además del Cristóbal Colón, había varios grupos escultóricos inspirados en los versos de *Medea,* de Eurípides, que representaban a «El Océano», «El Genio», «La Civilización», «La Ciencia», e imágenes de la vida de Colón. Por ley 26963 se aprobó un convenio con la ciudad de Buenos Aires para trasladar y restaurar el conjunto escultórico. El secretario de la Presidencia envió a Télam un informe que sostiene entre Del «La Presidenta de la Nación, ha entendido que en la sede del Gobierno Nacional, resulta más justo e histórico que acompañe una estatua que representa a una mujer heroína en las luchas por la Independencia de la Argentina y de los hermanos Países de América del yugo colonial de entonces» *http://www.lanacion.com.ar/1587687-con-un-duro-comunicado-el-gobierno-cruzo-a-macri-por-el-monumento-a-colon.*

frente a otros derechos, tales como la libertad religiosa o frente al poder de policía del estado? ¿Tiene el arte que ser ético para que el artista goce de protección? ¿Moralizador? ¿Edificante?

3.1.3. La garantía de libertad de expresión artística en la CNA

El Preámbulo de la CNA expresa sumariamente las grandes miras que presiden a sus disposiciones, entre las que encontramos promover al bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.

La CNA contiene dos normas relacionadas con la libertad de expresión, los Artículos 14 y 32. Estas normas hacen referencia expresamente a la libertad de expresión vertida por la prensa y están dirigidas a establecer un límite al accionar del gobierno. Esta garantía es reconocida como requisito del debate político. La Corte Suprema ha sostenido que «entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin el debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal»[11].

> Artículo 14: «*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: a saber:...de publicar sus ideas por la prensa*».

> Artículo 32: «*El congreso no dictara leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal*».

Las normas constitucionales citadas se encuentran complementadas por normas de tratados internacionales que no solo han sido incorporadas al derecho interno, sino que han sido ubicadas jerárquicamente en un mismo status que los derechos y garantías reconocidos en la CNA.

> Artículo 31: «*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...*».

El Artículo 75 inc. 22 preceptúa que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y enumera diez tratados internacionales de derechos hu-

---

11. «*Abal, Edelmiro y otros c. Diario La Prensa*» Fallos 248:291 cons. 25 del voto unánime (Villegas Basavilbaso, Aráoz de Lamadrid, Boffi Boggero, Oyhanarte, Aberastury, Colombres, Imaz). Repetido en «*Abad, Manuel Eduardo y otros s/ calumnias e injurias*» Fallos 315:632, cons. 5 de la disidencia de Cavagna Martínez, Barra y Fayt; «Servini de Cubría» Fallos 315:1943, cons. 6 del voto de la mayoría (Cavagna Martínez, Moliné O'Connor y Nazareno), cons. 10 del voto de Belluscio y considerando 23 de la disidencia de Petracchi; «Gesuladi, Dora M. c. Cooperativa Periodistas Independientes Ltda. y otros» Fallos 319:3085 cons. 4 del voto de Belluscio y López; «Díaz, Daniel c. Editorial La Razón», Fallos 321:3170, cons. 6 del voto de Belluscio y Bossert; «Menem, Carlos s. C. Editorial Perfil S. A.» Fallos 324:2895, cons. 6 del voto de la mayoría (Nazareno, Moliné O'Connor y López); entre otros.

manos concluidos, firmados y aprobados, respecto de los cuales establece que «*en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y debe entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...*». Entre los tratados enumerados se encuentran:

I) Convención Americana sobre Derechos Humanos Ley 23054/1984 (Pacto de San José) y, **II)** el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Ley 23313/1986 (PIDCP).

I) La Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Este tratado fue ratificado por Argentina mediante Ley 23054 /1984, por lo que era parte ya del sistema legal argentino desde ese año, aunque no con rango constitucional:

El Artículo 13 dice así:

«***1º*** *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

2º *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar...*

a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3º *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

4º *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

5º *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional».*

Interpretando esta norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[12] destacó que: «*El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios*

12. En el instrumento de ratificación de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de

pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención»[13].

El carácter absoluto de la prohibición referente a la censura, también fue expuesto por la CIDH en la sentencia que emitió el 5 de febrero de 2001 al resolver el caso «La última tentación de Cristo»[14].

Esta postura categórica de la CIDH respecto a la prohibición de la censura y a la interpretación que corresponde asignar al Artículo 13 de la Convención resulta vinculante para los órganos gubernamentales del Estado Argentino conforme lo tiene resuelto ese organismo internacional, así como también nuestra Corte Suprema[15].

II) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP):

Ratificado por la Argentina mediante Ley 23313/1986, y con jerarquía constitucional desde 1994. En el Artículo 19 se establece:

> *«1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
>
> *2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

---

la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación.

13. Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985.
14. «Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana (...) En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial» párrafo 72 y; «Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión.» (Corte IDH, Caso «La última tentación de Cristo». Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 70).
15. Fallos 318:514 y Fallos 319:1840.

3. El ejercicio del derecho previsto en el Párr. 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

En relación a esta norma, Gelli estima que las restricciones a la libertad expresión por las razones allí descriptas «*actualizan la cuestión acerca del equilibrio entre derechos y deberes relativos a la libertad de expresión*»[16]. Sin embargo este artículo del PIDCP aparece como contrario a los principios y garantías reconocidos por el Artículo 14 y el Artículo 32 de la CNA, la norma concede un amplio marco de discrecionalidad a las autoridades para restringir derechos y principios constitucionales fundamentales fundados en razones de seguridad, orden moral pública, por lo que, en mi opinión, se halla en conflicto con los principios básicos de la CNA (entre ellos los citados Artículos 14 y 32)[17].

La inclusión de esta norma dentro de la nómina de tratados que tienen rango constitucional produce un aparente conflicto con las garantías constitucionales, que debe resolverse por la primacía de éstas, por la sencilla razón que los tratados alcanzan jerarquía constitucional por una habilitación directa de la propia CNA. La CNA continúa siendo la norma fundante y fundamental de todo el sistema legal Argentino[18].

En cambio, la incorporación del Pacto de San José al sistema legal argentino en el año 1984, amplió en forma explícita el ámbito de cobertura de la libertad de expresión a la actividad expresiva en todas sus formas. Cabe destacar que este reconocimiento, tal como surge del preámbulo de la Convención[19]no se realiza como un medio para obtener un bien colectivo sino por su valor para el ser huma-

16. Gelli, María Angélica, en «Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada», *La Ley,* Tercera Edición, Buenos Aires, 2006, p. 109.
17. Sobre el tema ver Colautti, Carlos, «Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución», *La ley* 1994-D, Buenos Aires, 1994, p. 1145.
18. Al respecto ver Badeni, Gregorio, «El caso Simón y la supremacía constitucional» *La Ley* 2005-D, Sup. Penal 2005, Buenos Aires, p. 639 y García Belsunce, Horacio A., «Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional», Comunicación en sesión plena, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006.
19. «*...Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...*
...Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos...».

no como individuo; por el valor que tiene como forma de realización personal y de autodeterminación.

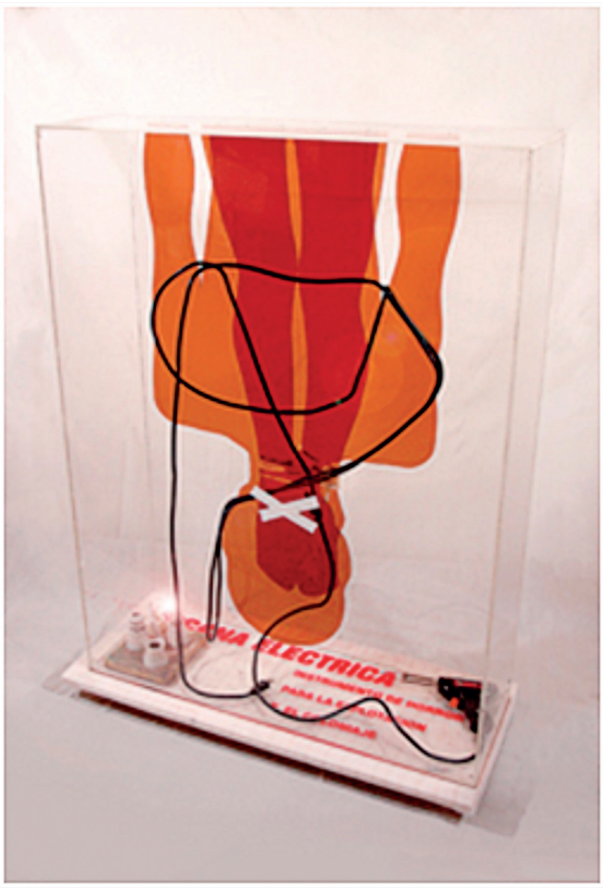
3.1.4. La libertad de expresión artística en la jurisprudencia

Si bien son escasas las referencias de la CSJN a la expresión artística, hay un caso en que el tribunal tuvo oportunidad de expedirse sobre el grado de protección que recibe este tipo de expresión.

Me refiero a «***Colombres, Ignacio y otro v. Nación Argentina***»[20], que analizo más abajo, en el que los artistas cuestionaron el cercenamiento de su expresión artística al ser excluidos del premio Salón Nacional (II Certamen Nacional de Investigaciones Visuales, 1971) que habían obtenido en el marco del concurso organizado por la Secretaría de Cultura de la Nación. Este caso, resuelto por la Corte Suprema en el año 1976, el tribunal superior hizo una interpretación amplia del Artículo 14 de la CNA al sostener que dicha norma comprendía otros medios de expresión además de la prensa, tales como la expresión artística, pero que sin embargo en el caso no estaba protegida ya que había un interés superior del gobierno, que era cuidar la imagen del país y que justificaba la limitación de esta libertad. En el caso, la limitación consistió en descalificar del concurso a los actores y privarlos del premio del que habían sido acreedores.

20. Fallos 295:215, 1976.

A. El Poder de Policía



«Made in Argentina»
Objeto, técnica mixta, 122 x 90 x 30 cm. Gran Premio,
II Certamen de Investigaciones Visuales, 1971[21]
Ignacio Colombres y Hugo Pereyra

Días después de la inauguración del II Certamen de Investigaciones Visuales (Buenos Aires, Argentina, 1971), se dio a conocer el Decreto 5.696 en donde se reconoció parcialmente la actuación del Jurado[22] y se rechazaron los dos primeros premios otorgados. Expresamente se excluyeron las obras «*Made in Argentina*» de Ignacio Colombres y Hugo Pereyra, «*Celda*» de Gabriela Bocchi y Jorge de Santa María, «*Afiche*» de Oscar Smoje, «*A desayunar*» de Américo

21. Ver: *http://www.palaisdeglace.gob.ar/exposiciones/2011/06/microrrelatos/microrrelatos.pdf.*
22. El jurado estaba integrado por los artistas Gyula Kosice, Osvaldo Romberg, Eduardo Rodríguez, Luis Felipe Noé y Alejandro Puente.

Castilla, «*Mírese en este espejo*» de María Luisa San Martín y «*Toma de conciencia*» de Emilio Renartículo.

Los artistas Colombres y Pereyra, quienes debían recibir el «Premio de honor» interpusieron una acción de amparo que no prosperó, e iniciaron un juicio ordinario contra el Estado Nacional. La Sala 1 de la CNCAF hizo lugar a la demanda y la Nación interpuso recurso extraordinario toda vez que se impugnó la validez del Decreto 5.696/1971 y la decisión fue contraria a ella.

La cuestión sustancial debatida fue determinar si el Poder Ejecutivo al dictar ese decreto y excluir la obra presentada al II Certamen Nacional de Investigaciones Visuales ejerció facultades que le eran propias o incurrió en la violación de la libertad de expresión de los actores.

La CSJN sostuvo:

> *«...la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión no se limita al supuesto previsto en los Artículos 14, 32 y 33 de la Constitución Nacional, sino que abarca las diversas formas en que aquella se traduce, entre las que figura la libertad de creación artística, que constituye una de las más puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento necesario de una fecunda evolución del arte...».*
>
> «*...que obviamente ella no es absoluta y como todos los derechos y libertades es susceptible de reglamentación razonable, debiendo coexistir armónicamente con los demás derechos que integran el ordenamiento jurídico y admite desde luego el ponderado ejercicio del poder de policía con base en la necesidad de preservar la moral las buenas costumbres, el orden y la seguridad pública* *Fallos 282:392...».
>
> «*...que por su propia función y en ejercicio de atribuciones que le son inherentes el Poder Ejecutivo está obligado a velar por la imagen del país y ésta resulta claramente afectada por una obra como la que da lugar al sub lite en que una figura humana doblada y semidestrozada aparece rodeada por el cable de un instrumento de tortura con el agregado de la denominación Made in Argentina, locución extrajera configurándose con todo ello una expresión alegórica apátrida para disminuir en el exterior el respeto debido a la réplica... Que es indudable que tal aspecto negativo de la imagen del país se intensificaría si la obra en cuestión hubiese aparecido respaldada por un premio concedido en un certamen patrocinado por un organismo de carácter oficial...».*

La CSJN concluyó que la medida constituía un razonable ejercicio del poder de policía[23] no violatorio de la libertad de expresión, ya que el decreto no dispo-

23. Gordillo, Agustín, en *Derecho Administrativo*, Tomo II, 1ª edición del *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, F.D.A., 2014, p. 214 «*Lo que el poder de policía protege es el "orden público", el "bien común", el "buen orden de la comunidad", etc., comprendiendo allí todas las especies vistas: La "economía pública", la "seguridad social", la confianza pública, "el bienestar social", etc.». A partir del año 2002 se advierte un crecimiento realmente alarmante de poderes excepcionales otorgados por el legislador al ejecutivo, o asumidos directamente por éste, invocando ahora la «emergencia».* Y de la nota *62*: «Si el caballo del "poder de policía" parece un*

nía la destrucción de la obra ni impedía su exhibición sino que la excluía de un certamen patrocinado por un organismo del gobierno.

El reconocimiento que hizo la CSJN de la libertad de expresión fue abstracto. La CSJN no solo no fue guardiana de las garantías constitucionales sino que convalidó una acción gubernamental dirigida a silenciar un mensaje por las ideas que contenía.

Si bien el gobierno no tenía ninguna obligación legal de convocar a ese certamen, una vez que lo hizo, el concurso estaba abierto al público y los artistas cumplían con los requisitos de participación, había un interés creado que merecía ser protegido. El poder de policía al que aludió el tribunal «velar por la imagen del país» no reflejaba un interés de peso para apoyar el acto de censura. ¿Cuál era el daño real que producía el ejercicio de la libertad de expresión de los artistas que justificaba su exclusión del premio y certamen? El mensaje político de los artistas era crítico de los actos de gobierno pero contenido en un medio netamente expresivo, y que justamente por su sentido estaba en la médula de la libertad de expresión garantizada por el Artículo 14 de la CNA.

Podría argumentarse que tanto en el año 1971 como en el 1976 el país no estaba bajo gobiernos democráticos y la libertad de expresión es parte esencial en un proceso democrático, no durante un gobierno militar. Pero el tribunal no hizo referencia a ninguna situación externa que le ordenara un cercenamiento a las libertades individuales. Colocó en primer lugar la necesidad de preservar «el orden público» de cualquier forma de alteración, devaluando la trascendencia de la libertad de expresión y suscribiendo a alguna forma de censura previa. Señalar esto es importante en tanto vuelve menos abstracta la afirmación de estos valores.

Resulta interesante en este sentido que autores como Bidart Campos[24] o que el Juez de la CSJN, Dr. Enrique Petracchi[25], hayan citado este fallo como el

---

poco cansado o demasiado abusado, se cambia por caballos frescos y se montan los ágiles corceles de la "emergencia" y de la "delegación." No hay límite para la iniquidad en el mundo jurídico subdesarrollado».

24. Bidart Campos, Germán, en *Manual de la Constitución reformada,* Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 15-16: «La libertad de expresión no se agota en la prensa y en los medios distintos de ella. Hay otros aspectos fundamentales, a saber: d) La libertad de creación artística, implica la producción artística a través de todas sus formas. Con fecha 29 de junio de 1976 en el caso «Colombres Ignacio y otros c/Gobierno Nacional» la Corte Suprema sostuvo que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión no se limita al supuesto previsto en los artículos 14, 32 y 33 de la constitución; también figura la libertad de creación artística, que constituye una de las mas puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento necesario de una fecunda evolución el arte».

25. En Fallos 306:1892 causa «*Indalia Ponzetti de Balbín v. Editorial Atlántida S A s/ daños y perjuicios*» El Juez Dr. Enrique Petrachi sostuvo «... en Fallos 295:215 se declaró que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión no se limita al supuesto previsto en los artículos 14, 32 y 33 de la Constitución Nacional sino que abarca las diversas

primer caso en el que la CSJN reconoció expresamente a la libertad de expresión artística como una de las formas de libertad de expresión garantizadas por la CNA. Ninguno de los dos juristas hace referencia al hecho –no menor por cierto– que si bien el tribunal reconoció que la norma cubría la expresión artística no le dio efectiva protección.

La extensión de la protección de la norma constitucional a otras formas de comunicación expresiva fuera de la prensa aparece como una prolongación natural que refleja una lógica o principio, ya que en la época en que se sancionó la CNA la forma visible de discusión era la prensa.

B. La Libertad de Cultos – Invasión a la Privacidad – Ofensa a la Moral

Artículo 14 CNA: *«Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:... de profesar libremente su culto».*

Artículo 19 CNA: *«Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».*

Artículo 1071 bis del Código Civil: «*El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación».*

La clausura judicial de una exposición de arte a nos lleva a explorar los límites de la libertad de expresión artística no ya frente a un conflicto con un interés del gobierno sino con otros derechos individuales de raigambre constitucional, tales como la libertad de cultos y el derecho a la intimidad.

El 30 de Noviembre del año 2004 se inaugura en el Centro Cultural Recoleta la exposición «*RETROSPECTIVA*» del consagrado artista argentino León Ferrari[26], de 84 años, cuyas obras sobre la intolerancia, las guerras y la religión

---

formas en que aquello se traduce, entre las que figura la libertad de creación artística que constituye una de las más puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento necesario de una fecunda evolución del arte».

26. Premio de escultura en el Salão de Arte de Riberão Preto, Brasil, 1979. Premio en grabado en IV Bienal Americana de Artes Gráficas, Cali, Colombia 1981. Mención en I Bienal de La Habana, 1984. Premio de la Asociación de Críticos de São Paulo a la mejor muestra de 1983. Beca Guggenheim 1995. Premio Costantini, 2000, Premio Banco Nación, 2001, Clamor Brzeska 2002, Premio a las Artes Visuales Premio a la Critica 2005. El Gran

habían generado revuelo en otras oportunidades[27]. La muestra se titulaba *«RETROSPECTIVA: Obras 1954-2004»* e incluía esculturas en alambre, maniquíes intervenidos, cucarachas, y obras tales como «*La civilización occidental y cristiana»* de 1965, consistente en un Cristo de santería «crucificado» sobre un avión de guerra norteamericano, heliografías y *collages,* y una serie de obras titulada «*Ideas para infiernos»,* que contenían figuras de santos, vírgenes y Cristos dentro de licuadoras, tostadoras, sartenes y ollas.

Dado que la muestra abarcaba todos los períodos de la obra del artista era polémica y por ello había advertencias no solo dentro de las salas sino en la puerta del Centro cultural. A continuación, reproduzco algunas de las obras conflictivas:

---

premio de la Crítica por la Asociación Paulista de Críticos de Arte (Brasil) 2006. Premio Cultura Nación en 2007. León de Oro en la 52 Exposición Internacional de Arte Bienal de Venecia 2007.

27. El siguiente es un extracto de la obra de Giunta, Andrea, «León Ferrari, Cronología» p. 130 disponible en *http://leonferrari.com.ar/files/leon-ferrari---cronologia.pdf*:
«1965: La civilización occidental y cristiana. Me invitaron al Di Tella, no me lo esperaba, anota en su cuaderno [30-1-65, c4, 8]... El envío final fueron tres cajas y un montaje de dos metros de altura, que reunían la reproducción de un bombardero norteamericano con un Cristo de santería titulado "La civilización occidental y cristiana". Romero Brest, director del Centro de Artes Visuales del ITDT le pide que retire el Cristo (cuya maqueta se reproduce en el catálogo) y sólo se exponen las otras tres cajas (Cristo murió, La civilización occidental y cristiana bombardea las escuelas de Long Dien, Cauxé, Linn Phung, Mc Cay, An Tanh, An Minh, An Hoa y Duc Hoa (p. 128) y 15 votos en la OEA, todas de 1965). Explica Ferrari: Romero Brest me invitó al Premio 65 suponiendo (creo yo) que mandaría o una escultura de alambre [...] o algo por el estilo. Cuando cambié de idea sobre el arte, a raíz de los bombardeos en Vietnam, le advertí que haría otra cosa. Cuando vio el avión montado, unos dos o tres días antes de la inauguración, lo noté preocupado; me llamó a su oficina y me dijo que no lo podía exponer porque, entre otros motivos, hería la sensibilidad religiosa del personal, o de parte del personal. Me sugirió o reemplazar el avión por su maqueta o por otra pieza, o dejar sólo las tres cajas que completaban mi envío [...] lo que quedó claro es que el avión no se expondría, no era negociable eso [...] Yo me encontré en una suerte de disyuntiva: o tomar el camino de las artes plásticas, que indicaba, o exigía, retirar todo y denunciar la censura, o el camino de la política [es decir] mi propósito inicial de exponer algo precisamente allí, sobre el Vietnam, en el Cuadernolugar de las libertades que proclamaban los EE.UU. bombardeadores. (Carta del artista a la autora, 7-8-93. Archivo LF.) Dalila Puzzovio y Carlos Squirru le ofrecieron que si él sacaba toda la obra, ellos también retiraban sus cosas» (LF, entrevista con la autora, 29-12-98).



«**La Civilización occidental y cristiana**», León Ferrari, 1965



«**La Última Cena**»
León Ferrari

La muestra generó reacciones muy diversas, por sobre todo la indignación de muchos católicos y de la Iglesia[28]. A dos días de inaugurada un grupo de personas rompieron varias obras, por lo que la exposición debió cerrar por unos días sus puertas. Mientras tanto dos causas judiciales se iniciaron contra la Ciudad. Por una parte La **Asociación Cristo Sacerdote** interpuso un recurso de amparo y en el marco de esa acción solicitó una medida cautelar contra la Ciudad de Buenos Aires a fin de que ordenara el retiro de 49 obras de la muestra que consideraba causaban una herida a los sentimientos religiosos de los creyentes. La Jueza interviniente en esta causa, Dra. Liberatori de Aramburu, ordenó la clausura de toda la muestra con el objeto de preservar el orden público.

Por otro lado los Sres. **José A. S. Sorondo y Estanislao U. S. Sorondo** interpusieron otra acción de amparo contra la Ciudad y una medida cautelar a fin de que la justicia clausurara la muestra. Esta acción fue rechazada en primera instancia, los actores apelaron y la Sala en feria de la Cámara confirmó el rechazo.

«**Asociación Cristo Sacerdote y otros c. Ciudad de Buenos Aires**»[29]

La Asociación alegó el derecho a que no se ofendieran los sentimientos religiosos de los habitantes con fundamento en el Artículo 14 CNA, en la libertad religiosa y en la garantía contra cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión o menoscabo dispuesta en los Artículos 10, 11 y 12, inc. 4, Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. Describió 49 obras que causaban una herida a los sentimientos religiosos de los creyentes. La actora entendió que el propio Gobierno reconocía el hecho provocador de lesión a estos sentimientos al poner los carteles de advertencia que mencionamos más arriba. Invocó también como fundamento de su pedido el hecho de que la exposición pública se hubiera realizado utilizando los impuestos abonados por los creyentes, lo que constituía un exceso, un acto de ilegalidad y arbitrariedad manifiesta.

En primera instancia, la Jueza Liberatori de Aramburu dictó una medida cautelar ordenando la suspensión de toda la muestra (medida que excedía lo solicitado por los actores) y sostuvo que «*...se han herido sentimientos religiosos, que la Argentina es un país cuyos habitantes profesan en su mayoría el culto católico y que la sociedad vive con la sensación de un sentimiento religioso lesionado y se ha acudido a este tribunal a fin de restablecerlo [...] por ello este tribunal se siente convocado a preservar la tranquilidad social...*». La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia considerando que la jueza se había excedido al clausurar la muestra en su totalidad.

---

28. Ver publicación del Diario *La Nación* de fecha 02-12-2004, disponible en *http://www.lanacion.com.ar/659247-la-iglesia-advirtió-que-la-muestra-de-ferrari-es-una-blasfemia.*
29. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I – La Ley 2005-C, 709. Dado lo extenso de algunas opiniones de los jueces, reproduzco aquí solo las partes del fallo que considero de interés para este análisis.

La Sra. Fiscal de Cámara dictaminó propiciando que se confirmara la medida cautelar sólo con relación a las obras artísticas cuestionadas. La Ciudad apeló, la Sala I revocó la medida cautelar. En Segunda Instancia el **Juez Corti** sostuvo:

«...De manera previa, y recibido el expediente, se dispuso la inspección ocular de la muestra...».

«...los derechos invocados por la amparista carecen de verosimilitud, c) es en cambio la propia decisión recurrida la que ha afectado derechos constitucionales, al punto que se configura en el caso una inaceptable situación de censura judicial, y d) se ha comprometido el interés público, de forma incompatible con el diseño del sistema cautelar...».

«...De la observación de la muestra surge que las obras individualizadas no agotan la totalidad de las exhibidas, de manera que al clausurarse la exposición se afecta una actividad cultural de la Ciudad que nadie ha impugnado. Más allá de las razones que eventualmente hubiera para no permitir la exhibición de ciertas obras, no forma parte de la litis...».

«...En este caso se presenta una faz muy peculiar del ejercicio de la libertad de expresión: la actividad artística...».

«...Si bien el arte se encuentra comprendido en las disposiciones generales sobre libertad de expresión (ver sobre el punto la reseña efectuada por el Dr. Petracchi en Fallos: 306:1892, considerando 5º, fallo ya citado)[30]*, él debe ser objeto de reflexiones particulares...».*

«...Desde el punto de vista del orden jurídico, la libertad de expresión artística debe considerar esta situación y proteger al arte crítico y si es crítico no puede obviarse que es molesto, irritante o provocador. Es en el respeto de la libertad de esa forma de arte cuando una sociedad democrática prueba qué valor le otorga a la libertad de expresión artística. Allí se verifica la genuina tolerancia, que lleva a soportar la existencia de una obra artística que molesta, que irrita, que perturba o que desagrada...».

«...Para que quede claro el fundamento jurídico de este voto entiendo apropiado considerar, de forma sumaria, una obra en particular de esta muestra, la primera de las individualizadas por la amparista en su demanda: "1) En el centro del local hay colgado un avión de guerra que sirve de soporte a un Cristo crucificado..."».

«... No es cuestión aquí de analizar de forma pormenorizada cada una de las obras. Sólo me limito a destacar que, más allá de las diferentes sensaciones que generan, se trata de productos artísticos que expresan ideas que dan lugar a la reflexión del espectador».

«S. Sorondo, José A.S. y S. Sorondo Estanislao U. c/ Ciudad de Buenos Aires»[31]

En este caso, el juez de primera instancia rechazó la acción de amparo iniciada por los accionantes; no hizo lugar a la medida cautelar solicitada con el propó-

30. La referencia a la opinión del Juez de la CSJN Dr. Enrique Petracchi es la comentada en la nota al pie n° 25, en el análisis del Caso «Colombres Ignacio y otro v. Nación»

31. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley 2005-B, 30 • La Ley 2005-C, 712 • LLP 2005, 59, se reproduce solo las partes del fallo que resultan de interés.

sito de que se suspendiera la exposición o que se retiraran las obras. Los actores apelaron y la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia del juez de grado. Los jueces intervinientes sostuvieron:

Juez Balbín *«...Sin embargo la supuesta lesión al derecho de los amparistas debe analizarse en relación al ejercicio del derecho a la libertad de expresión del Sr. León Ferrari y de terceros...».*

«...la libertad de expresión comprende la manifestación de las ideas a través del arte. En consecuencia, el deber de no interferir con el ejercicio del derecho de expresión comprende la exhibición de obras artísticas...».

«...Este Tribunal considera necesario resaltar que el Estado debe garantizar la pluralidad de ideas y pensamientos y, en tal sentido, es razonable que autorice expresiones artísticas religiosas y no religiosas, e inclusive críticas a las diferentes religiones, siempre –claro está– en un marco de respeto y tolerancia entre los actores sociales...».

«...El Estado no puede expedirse sobre la materia o el contenido de las ideas sino sólo sobre el tiempo o lugar de expresión del pensamiento a través de los recursos o medios estatales por razones de conveniencia u oportunidad...».

«...La decisión del Estado local de asignar espacios para la expresión de ideas, en este caso artísticas, debe tener por objetivo el enriquecimiento del debate colectivo, por ello, es de esperar que el Gobierno actúe democráticamente mediante una distribución igualitaria y pluralista de oportunidades de expresión en la concesión de espacios para expresar opiniones...».

Juez Centenaro *«...Si bien en la causa iniciada por la Asociación Cristo Sacerdote (expte. 14.194/0), el 27 de diciembre de 2004 voté que debía confirmarse la sentencia de grado que resolvió –previa caución real– hacer lugar a la medida cautelar solicitada... diversas circunstancias que pasaré a desarrollar me persuaden de tomar una decisión diferente...».*

«...entendí que debía "evitarse el conflicto social originado en las reacciones de violencia de grupos enfrentados que la muestra ha provocado (ver publicaciones obrante a fs. 46/47 de los autos principales obrante en sobre nº 740)." Agregué que "Es cierto también, que se atenta contra la paz social cuando se facilitan enfrentamientos evitables a raíz de los contenidos de esta muestra que muchos juzgan ofensivos a sus creencias..."».

La libertad de expresión del artista León Ferrari se vio cercenada por una decisión judicial. La limitación a los derechos del Centro Cultural Recoleta y del artista León Ferrari encontró luego eco en la libertad de expresión garantizada por la CNA.

Cabe preguntarse qué hubiera sucedido si el artista no hubiera sido alguien con la trayectoria –y edad– de Ferrari. ¿Le hubieran dado los jueces igual valor social a su expresión artística?

En ambos casos los jueces hicieron referencia a la libertad de expresión del artista Ferrari –quien, aclaro, no era parte en las contiendas– y cabe preguntarse

si el Centro Cultural Recoleta como institución dedicada a exhibiciones de arte, culturales y educativas, no gozaba en su calidad de tal, de la garantía de libertad de expresión y por ende con derecho a presentar sin censura una exhibición que consideraba de valor cultural para el público. Este es un tema que no se plantea en ninguno de los dos casos.

Tampoco –quizás por el tiempo acotado en que se definieron las causas– analiza ninguno de los jueces estatuto o carta orgánica del Centro Cultural que permita determinar su misión institucional, si contempla o no la diversidad religiosa por ejemplo, ni tampoco surge de los fallos si había una prueba o indicio de cuantas exposiciones había hecho el centro que dieran evidencia de la diversidad a la que hacen referencia alguno de los jueces.

Hay algunos conceptos que se infieren de las opiniones vertidas por los jueces sobre los que considero importante detenerme:

La muestra estuvo suspendida una semana por orden de la Jueza Liberatori de Aramburu por considerar que «*la sociedad vive con la sensación de un sentimiento religioso lesionado y se ha acudido a este tribunal a fin de restablecerlo por ello este tribunal se siente convocado a preservar la tranquilidad social*».

¿Somos conscientes de la dimensión de este fundamento, de su vaguedad y falta de contenido para tomar una decisión tan importante como en el caso fue suspender la muestra?

El Juez Balbín sostuvo que «*este tribunal considera que el estado debe garantizar la pluralidad de ideas*». Esta afirmación es, en mi opinión, un reflejo patente del poder que se asignan en muchas oportunidades algunos jueces en relación a libertades constitucionales. Las opiniones personales de los jueces son importantes, pero no pueden ser el fundamento de sus decisiones cuando existe un claro precepto constitucional ¿Qué quiero decir con esto? Que garantizar la pluralidad de ideas es una decisión que ya fue tomada por los constituyentes y volcada en el texto constitucional en las normas de los Artículos 14 y 32 de la CNA y reafirmada con mayor alcance por la integración del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que los jueces deben aplicar la norma, hacerla realidad.

Por lo que si el tribunal o el Juez Balbín hubieran considerado que la pluralidad de ideas no debiera estar garantizada por el Estado, la solución del caso debiera haber sido la misma. Lo que los jueces consideren que el estado debe o no hacer en esta materia no es más que una opinión sin fuerza jurídica, que confunde y debilita de alguna manera las disposiciones constitucionales.

El Juez Corti expresó que «*más allá de las razones que eventualmente hubiera para no permitir la exhibición de ciertas obras*» ¿Qué quiso decir? ¿Quiso decir que si la muestra hubiera estado constituida solamente por esas obras controvertidas su

decisión hubiera sido otra? No podemos dejar de reparar en que como primera medida se ordenó realizar una inspección ocular de la muestra. ¿Con qué finalidad? Si como afirma el Juez Balbín por la importancia que reviste la libertad de expresión importa que a lo sumo esa expresión solo pueda estar sujeta a regulaciones de tiempo y lugar.

El Juez Centenaro en el caso Sacerdote votó a favor de la suspensión de la muestra «para evitar un conflicto social».

¿Qué lugar tiene verdaderamente la libertad de expresión artística en nuestra sociedad? La censura ordenada por la jueza de primera instancia, confirmada luego por el juez Centenaro, estuvo motivada por el impacto que tendría el mensaje en parte de la población. Esta sanción por temor a los efectos en la sociedad de una muestra de arte, en un lugar cerrado, que no sometía a ningún ciudadano a que la visite, y que además advertía sobre la irritabilidad de su contenido aparece contraria a los principios de libertad de la CNA.

3.2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL

3.2.1. Perspectiva histórica: la CNA

La protección más importante que reciben las obras de arte en nuestro derecho es a través de los derechos de autor. Los derechos de reproducir una obra de arte, distribuirla, exhibirla y de disponer de ella de cualquier forma, ya sea haciendo obras derivadas o transformaciones, están regulados por el régimen legal de los derechos de autor.

Antes de analizar cuál es el tratamiento que este régimen da a los artistas y a sus obras de arte, considero fundamental realizar una introducción al sistema de protección de los derechos de autor.

Nuestro sistema legal –ley, doctrina y jurisprudencia– pone al artista como centro y único beneficiario del sistema de los derechos de autor y si bien sus derechos están limitados en el tiempo, tal como se encuentra concebido hoy este régimen en Argentina, la obra nunca va al dominio público porque al vencimiento del plazo de los derechos exclusivos reconocidos al autor, se debe abonar un gravamen al Estado Nacional (a través del Fondo Nacional de las Artes) por el uso y reproducción de las obras nacionales y extranjeras cuyos derechos de autor hayan expirado en nuestro país.

Este sistema individualista de derechos de autor no fue el concebido en la CNA al reconocerles a autores e inventores una propiedad limitada en el tiempo sobre sus obras e inventos. Por otra parte el hecho de que la obra en definitiva nunca pase al dominio público, no solo no responde a esa filosofía que hay detrás de la letra constitucional, sino que es contrario a su letra.

La CNA contiene dos normas que dan base al sistema de propiedad intelectual, ellas son:

> Artículo 17 «...*Todo autor o inventor es propietario de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley*»[32].
>
> Artículo 75 «Corresponde al Congreso...inciso 18) *Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estimulo».*

De una interpretación integral de la CNA y de los antecedentes históricos directos surge que el fin último al reconocer este «derecho de propiedad limitado en el tiempo» fue lograr la prosperidad, el progreso, el adelanto de las ciencias y el bienestar general del país y los demás fines enumerados en el Preámbulo de la CNA.

La ratio original de reconocer un derecho de propiedad limitado en el tiempo tuvo que ver con un propósito de incentivar la creación y la innovación en el área de las ciencias y la industria mediante el reconocimiento de un derecho exclusivo que permitiera a los autores e inventores a controlar su reproducción en forma exclusiva por ese tiempo limitado; y que una vez vencido el plazo volvieran al público para su libre utilización[33].

Coincido con Gustavo Ferreyra en tanto sostiene que la determinación ejercida por la obra de Juan Bautista Alberdi sobre la creación de las normas de la CNA tiene significado práctico y teórico en el tiempo porque se enlaza con la verdad, antes que con los deseos[34].

---

32. Autores constitucionalistas no dan ninguna explicación sobre las fuentes u origen de la limitación en el tiempo de estos derechos, limitándose a citar los antecedentes de proyectos de las constituciones de 1819 y 1826, así Segundo Linares Quintana en *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado,* Tomo 4, Buenos Aires, Alfa, 1953, p. 118, sostiene «De acuerdo con la Constitución de 1819 artículo 44 correspondía al Congreso «asegurar a los autores e inventores de establecimientos útiles privilegios exclusivos por tiempo determinado» Las constitución de 1826 artículo 57 idéntica atribución salvo que usaba «acordar» en vez de «asegurar».
33. Para un estudio completo de las fuentes del sistema de los derechos del autor y del inventor en nuestra Constitución Nacional de 1853 remito a la obra de Guillermo E. Vidaurreta «Historia del Sistema Argentino de Patentes de Invención» Buenos Aires, *La Ley*, 2007. La obra constituye un estudio de investigación detallado y profundo sobre el tema.
34. Ferreyra, Gustavo Raúl, «Orígenes. Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución Federal en el tiempo» Buenos Aires, Academia. *Revista sobre enseñanza del Derecho,* Año 10, n° 19, pp. 143-228.

A esta altura deviene fundamental revisar los escritos de Juan Bautista Alberdi que fundamentan y explican el porqué de la norma constitucional en relación a éste tema. Así, ha dicho Alberdi[35]:

«*...Determinado los únicos medios de intervención de parte del Estado en la creación y fomento de la industria fabril. Esos medios son: La educación e instrucción, los estímulos y la propiedad de los inventos, la libertad de industria y de comercio, la abstención de leyes prohibitivas y el deber de derogar las existentes (p. 396)...*».

«*...Las leyes protectoras, las concesiones temporales de privilegios y las recompensas de estímulo son, según el artículo citado, otro medio que la Constitución pone en manos del Estado para fomentar la industria fabril que está por nacer...*».

«*...Para saber qué clase de protección, qué clase de privilegios y de recompensas ofrece la Constitución como medios, es menester fijarse en los fines que por esos medios se propone alcanzar. Volvamos á leer su texto, con la mira de investigar este punto que importa a la vida de la libertad fabril. Corresponde al Congreso (dice el Artículo 64) proveer lo conducente a la prosperidad del país, etc... (¿Por qué medio? – la Constitución prosigue), por leyes protectoras de estos fines, y por con cesiones temporales de privilegios y recompensas de estimulo (protectoras igualmente de esos fines, se supone)...» (p. 397).*

«*...Basta mencionar estos fines para reconocer que los medios de protección que la Constitución les proporciona, son la libertad y los privilegios y recompensas conciliables con la libertad. Los privilegios exclusivos que la Constitución admite como medio de protección industrial, son más que privilegios, simples derivaciones o modos del derecho de propiedad intelectual. El artículo 17 de la Constitución, consagrando la inviolabilidad de la propiedad, declara que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. – Esta propiedad exclusiva por determinado tiempo recibe el nombre de privilegio temporal en el artículo 64, inciso 16. Extendiéndose, por una jurisprudencia recibida universalmente, el sentido de la invención ó descubrimiento á la introducción de toda industria nueva y a la aplicación de todo mecanismo desconocidos en el país, aunque no lo sean en otras partes, la Constitución considera como propietarios exclusivos de su introducción o aplicación a los empresarios o autores de semejantes empresas; y no es otra cosa que esta propiedad transitoria el privilegio temporal de que los inviste por la ley...*».

«*...Ningún servicio es exigible sino en virtud de ley. La propiedad intelectual puede ser atacada por el plagio, mediante la facilidad que ofrece la difusión de una idea divulgada por la prensa o por otro medio de publicidad. Para remediarlo, la Constitución ha declarado que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubri-*

35. Alberdi, Juan Bautista, «Organización política y económica de la Confederación Argentina. Que contiene Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina; Elementos de derecho público provincial para la República Argentina; Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina; De la integridad nacional de la República Argentina, bajo todos sus gobiernos». Nueva Edición Oficial, corregida y revisada por el autor. Besanzon, Imprenta de Jose Jacquin, 1856.

miento, por el término que la ley le acuerde. Esto es lo que vulgarmente se llama privilegio o patente de invención que determine la ley...» (p. 385).

«...Los privilegios exclusivos que la Constitución admite como medio de protección industrial, son más que privilegios, simples derivaciones o modos del derecho de propiedad intelectual. El Artículo 17 de la Constitución, consagrando la inviolabilidad de la propiedad, declara que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. – Esta propiedad exclusiva por determinado tiempo recibe el nombre de privilegio temporal en el Artículo 64, inciso 16...».

«...El privilegio a la industria heroica es el aliciente mágico para atraer riquezas de fuera. Por eso los Estados Unidos asignaron al Congreso General, entre sus grandes atribuciones, la de fomentar la prosperidad de la Confederación por la concesión de privilegios a los autores e inventores; y aquella tierra de libertad se ha fecundado, entre otros medios, por privilegios dados por la libertad al heroísmo de empresa, al talento de mejoras...» (p. 229).

3.2.2. Principios generales en jurisprudencia y doctrina

Los tribunales en la resolución de los primeros casos planteados a finales del siglo XIX; la doctrina; los legisladores que redactaron la primera ley de la propiedad intelectual Ley 7.092/1910, los que participaron en la redacción de la actual Ley 11.723/1933, y todos aquellos agentes que de un modo u otro fueron parte en el proceso creador del sistema legal de los derechos de autor en nuestro país tuvieron en cuenta solamente una norma de la CNA: el Artículo 17.

El fallo del Dr. Ernesto Quesada, Juez de Primera Instancia en lo Civil, dictado en el año 1903, en el caso «Podestá y Scotti c/ Anselmi» es un compilación de opiniones, antecedentes legislativos, sentencias, doctrina nacional que dominaban el área de la propiedad intelectual e industrial a fines de siglo XIX[36]. Abundan en dicha obra posiciones subjetivas de los intérpretes sobre el tema, referencias a doctrina extranjera, principalmente europea y a los deseos de cada uno de los comentaristas de como debiera ser este derecho, su alcance, su objeto. A falta de ley especial, los jueces tomaron como punto de partida el Artículo 17 de la CNA e hicieron una aplicación amplia del derecho civil y en particular de las normas que regían el dominio de las cosas. De esta obra se desprende asimismo la dificultad de jueces y doctrina en establecer en qué consistían exactamente los derechos de los autores y cuál era su extensión.

Unos como otros entendieron que el derecho no estaba subordinado a la sanción de una ley porque eso implicaba atribuir a ese derecho el carácter de un privilegio, lo que era irreconciliable con la naturaleza del derecho de propiedad

36. Quesada, Ernesto, *La Propiedad Intelectual,* Casa Editora Coni Hnos, 1903.

contemplado entre los derechos y garantías de la CNA (en este mismo sentido lo conceptúan en la actualidad Lipizsic y Villalba)[37].

Nadie parece haberse preocupado seriamente en encontrar la razón de la limitación en el tiempo que para ese derecho de propiedad estableció la CNA. ¿O era una limitación que no gustaba, de la que ningún juez o doctrinario estaba enteramente convencido?

En este sentido resulta interesante reparar en los antecedentes de la Ley 11.723/1933. Los legisladores no solo fueron indiferentes a los antecedentes constitucionales citados, sino a la letra de la propia CNA.

Del diario de sesiones legislativas relativo al tratamiento del proyecto de Ley 11.723/1933, surge expresamente como la comisión redactora se arrogó facultades que la CNA no le otorga, tales como evaluar si conceder o no el derecho de propiedad en perpetuidad[38]. Así el Senador Sánchez Sorondo expone al Senado «*Si bien la comisión reconoce que el derecho de propiedad es un derecho análogo al derecho civil, al derecho real, se ha resistido a entregarlo en su caso perpetuamente a sus herederos. Pueden concretarse en dos argumentos que se hacen contra la perpetuidad del derecho de autor: Primero esta perpetuidad constituye un entorpecimiento a la difusión cultural, al comercio de artes, en razón de las posibles exigencias de los herederos de la imposibilidad de ponerlos de acuerdo o de su posible desidia... Y la Segunda razón de un orden superior es la siguiente el autor ha tomado del dominio público sus ideas: es justo que después de cierto tiempo le devuelva lo que le debe. Los descendientes del autor no están en estas cuestiones: es justo que sea el publico su heredero natural*»[39].

Mouchet y Radaelli al hablar de la base constitucional de estos derechos hacen referencia únicamente al Artículo 17 de la CNA y sostienen que nuestros constituyentes se inspiraron en la Constitución Norteamericana, cuya cláusula 8, sección VIII Artículo 1 establece que «*El Congreso tendrá poder... para promover el adelanto de las ciencia y artes útiles asegurando por un tiempo limitado a los autores o inventores el derecho exclusivo a sus escritos y descubrimientos respectivos*»[40]. De igual manera se expresa Emery[41]. ¿Qué hizo pensar a estos autores que la norma argentina estaba inspirada en la Constitución de los Estados Unidos? No lo sabemos, ya que ninguno de ellos cita ninguna fuente que los lleve a tal afirmación. Cabe aclarar

37. Villalba, Carlos A. y Lipszyc, Delia, «El derecho de autor en la Argentina», *La Ley*, Buenos Aires, 2001, p. 3.
38. La norma constitucional no requiere interpretación en este sentido, ya que expresamente determina que el derecho de propiedad sobre la explotación de inventos y obras debe ser limitado por una ley del congreso.
39. Congreso Nacional, Cámara de Senadores, Sept. 18 de 1933. 39* Reunión 28* Sesión ordinaria, p. 209-210.
40. Mouchet, Carlos; Radaelli, Sigfrido A., «Derechos Intelectuales sobre obras literarias y artísticas», Editorial Kraft, Buenos Aires, 1948, p. 32.
41. Emery, Miguel Ángel, «Propiedad Intelectual, Ley 11.723», Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 1-2.

que el Artículo 17 de la CNA reconoce la propiedad a los autores e inventores sobre sus obras, inventos y descubrimientos (en el sentido histórico arriba descripto) mientras que la Constitución Norteamericana le concede al Congreso «la facultad de otorgar derechos exclusivos» para promover el progreso de las ciencias y artes útiles. Es decir que en ese país otorgar «copyrights» (o derechos de copia) es una facultad que tiene el Congreso si piensa que esos derechos serán conducentes para promover los fines citados[42].

Lipszyc y Villalba apelan también al Artículo 17 como fuente de la CNA y así sostienen que «de este modo en la legislación Argentina se abandona la idea de privilegios y se reconoce al derecho de autor como un derecho de propiedad, como se lo consideraba en Inglaterra desde la adopción en 1710 del Estatuto de la Reina Ana y en Francia con la sanción de los Decretos de 1791 y 1793 de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa»[43].

Tal afirmación no solo aparece infundada, sino arbitraria. El Estatuto de Ana es considerado la primera ley que otorga derechos exclusivos en cabeza del autor, pero no como derechos de propiedad. Esta ley reconocía al autor derechos monopólicos limitados en el tiempo: 14 años (que se extendían por otros 14 años más si al final de ese período el autor estaba vivo) y luego pasaban al dominio público; fue una legislación destinada a incentivar el conocimiento como contraposición al sistema de licencias del gremio de editores o libreros (Stationer's Company) cuyo propósito era controlar todas las publicaciones a fin de regular y censurar lo que podía decirse por la prensa[44]. El Estatuto de Ana buscó presentar al autor como

42. En «*Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc», 464 U.S. 417, 1984* la Corte suprema de los Estados Unidos sostuvo*: «El privilegio que el Congreso puede autorizar no es ilimitado ni tampoco está diseñado para otorgar un beneficio privado especial. Por el contrario esta concesión limitada en el tiempo es un medio a través del cual puede obtenerse un propósito público. La intención para motivar la actividad creativa de los autores e inventores a través de la concesión de un reconocimiento especial y permitir al público el acceso a sus obras una vez que expire período de tiempo de control exclusivo de su obra[23]... La ley de copyright, como la de patentes hacen del reconocimiento al autor un tema de consideración secundaria Fox Film Corp. v. Doyal, 286 U.S. 123, 127, Chief Justice Hughe... El único interés de los Estados Unidos y el objeto principal en conferir este monopolio recae en los beneficios que la labor de los autores dan al público. Se dice que este reconocimiento que se le da al autor o artista sirve para inducir al autor a hacer público el producto de su genio creativo United States v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131, 158 (1948).[24] Como la Constitución expone claramente es al congreso a quien se la ha asignado la tarea de definir el alcance del monopolio limitado que debiera ser otorgado a los autos e inventores para que el público pueda acceder a sus obras*». Por otra parte, en el reporte legislativo de la primera Ley de Copyright de los Estados Unidos de 1909 / H. Rep. N 2222 60th Cong. 2d Sess/ se consigna que «*...La Constitución no establece copyrights, pero dota al congreso con poderes para otorgar tales derechos si piensa es lo mejor. No principalmente para el beneficio del autor, pero para el beneficio del público*».
43. Villalba, Carlos-Lipszyc, Delia, La Ley 2001, *op. cit.,* p. 2.
44. Statute of Anne, 8 Ann C 19, 1710: «An Act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the author or purchasers of such copies, during the times therein mentioned».

el último responsable de lo que escribía y que el fruto de sus esfuerzos llegara al público. Es el antecedente directo del sistema de copyright de los Estados Unidos, y al ser el primer estatuto en reconocer derechos al autor es en este sentido fuente de derecho para el mundo entero, pero no hay antecedentes históricos conocidos que conecten en forma directa nuestra historia constitucional con esta ley[45].

De los antecedentes legislativos de la Ley 11.723/1933 surgen que varias y diversas fuentes europeas fueron consultadas, pero de las fuentes patrias solo se hace referencia al Artículo 18 del proyecto de Constitución de Alberdi, y no al Artículo 67 de su proyecto de constitución, similar al Artículo 67 inc. 16 incluido en el texto de la CNA[46].

A. Reflexiones

Es evidente que en esta área del derecho hemos dado la espalda a la historia constitucional. Parecería que esta ignorancia sobre la fuente que tenía verdadero significado en la interpretación constitucional de la norma de propiedad intelectual fue producto más de la indiferencia que de la falta de información.

La forma en que vemos el pasado se refleja en como vemos el presente y nos ilumina sobre las respuestas que podemos dar a problemas que nos afectan. Y si bien la historia es un proceso de simplificación, la tarea de un buen intérprete debiera ser buscar en el pasado propio, aquello que captura la esencia de un hecho, de un evento, en este caso de una norma, de un sistema.

Creo que deviene necesario rescatar el verdadero sentido de la cláusula constitucional. Hay claramente una filosofía económica detrás del reconocimiento de los derechos de los artistas y autores, y es el convencimiento de que mediante esos derechos se estimulará la actividad creativa con el fin último de lograr el bienestar general. Si es o no real esa suposición es materia de otro estudio de investigación, hasta el presente es un sistema que funciona con más o menos las mismas características en los distintos países del mundo.

Dar a los derechos de los autores el sentido con el que fueron concebidos no importa menoscabarlos ni debilitarlos sino contextualizarlos: ubicarlos como la otra cara de un sistema que busca un bien superior vinculado con el progreso, el enriquecimiento de la cultura, el bienestar general.

Estoy convencida que si el juez, el intérprete y el legislador ubican los derechos de autor en ese sistema, será menos ardua la tarea de determinar el área de protección, el alcance de los derechos y sus limitaciones y se llegará así a soluciones más justas.

---

45. Ver Rosse, Mark: «Privilege and Property, essays on the history of copyright», Cambridge, *Cambridge Open Books*, 2010, p. 67.
46. Congreso Nacional, Cámara de Diputados, Sept. 23 de 1933, Reunión *37, p. 357.

3.2.3. Naturaleza de los derechos de autor

A. De los derechos patrimoniales

Congreso Nacional. Cámara de Senadores, (Setiembre 18 de 1933) 39 reunión 28 sesión ordinaria. «*Pide la palabra el Sr. Sánchez Sorondo: La Comisión Parlamentaria encargada de estudiar el proyecto de ley sobre propiedad literaria, científica y artista trae su despacho firmado por unanimidad... La comisión ha contemplado ante todo los tres puntos fundamentales que debe abarcar toda ley de propiedad literaria. 1. Cuál es la naturaleza jurídica del derecho de propiedad intelectual... Bien pues; la Comisión entiende fijar su criterio a este respecto, estableciendo que el derecho de propiedad sobre la obra artística literaria y científica es un derecho real dentro de lo que esta terminología significa en nuestro derecho civil,* ***un derecho real sometido en cuanto al término de su ejercicio y en cuanto a las condiciones especiales de su realización a lo que disponga la ley especial.****Y es precisamente esta ley la que aconsejamos a la consideración del senado*»[47].

El derecho real tiene por objeto una cosa y la creación literaria o artística no es un objeto material. De conformidad con el Artículo 2311 del Código Civil, «*se llaman cosas en este código los objetos corporales susceptibles de tener valor*».

El objeto que contiene la obra artística (que permite su comunicación, percepción, visión) puede estar en posesión de una o muchas personas, distintas del titular de los derechos de autor y esas personas podrán usarla para su propio disfrute o entretenimiento, pero el derecho reconocido al autor les impide reproducirla sin el consentimiento de aquel.

El derecho reconocido al autor consiste entonces en una propiedad sui generis, intangible e incorpórea. La «cosa» a la que se conecta la propiedad es «el trabajo intelectual del autor», el que es imposible de ser poseído, salvo cuando está expresado en un objeto tangible como una escultura, un libro, un cuadro.

Algunos autores, especialmente en Europa han caracterizado a este derecho como un derecho de la personalidad, pero en tanto que puede ser asignado a otra persona y sobrevivir después de su muerte es difícil verlo como tal.

---

47. En la doctrina encontramos que Mouchet y Radaelli, *op. cit.*, p. 74, consideraban a los derechos sobre obras literarias y artísticas como parte de una nueva categoría dentro de la clasificación general de los derechos con autonomía y desenvolvimiento propios *los derechos intelectuales*. Por su parte Lafaille, Hector, en *Derecho Civil* Tomo IV, Buenos Aires, Cía Argentina de editores, 1944, p. 180 sostenía que «se trata de un derecho de propiedad especial, ni patrimonial ni personal, que participa de estos dos pero no se identifica con ninguno de ellos» y Mariani de Vidal, Marina en *Curso de Derechos reales*, Tomo 1, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía, Editor, 1976, p. 72 «Si bien algunos autores consideran al derecho intelectual como una especie de propiedad, es decir de derecho real creemos que esta tesis es insostenible en nuestro derecho... Obligada aquí es la tesis de Roguin quien califica a estos derechos como monopolios de derecho privado».

El hecho de que sea el legislador quien determina (o debiera determinar conforme la CNA) sobre qué obras se obtiene esta propiedad y por cuánto tiempo, son elementos suficientes a mi entender para sostener que estamos frente a un derecho de propiedad que tiene su origen en la CNA y que por sus características especiales requiere ser reglamentado por la ley, la que debe tener en cuenta que el reconocimiento de estos derechos se realiza a fin de fomentar la actividad creativa para lograr un fin último: el progreso, el enriquecimiento cultural, el avance de las ciencias y de las artes.

Siguiendo con esa afirmación entiendo que es por ello importante que la ley determine con cierta precisión en qué consisten esos derechos; que dé pautas sobre la materia de protección; así como también establezca como funcionan estos derechos frente a otros, tales como los del propietario de una obra de arte o los del dueño del edificio en el que un artista realiza un mural, etc. Esta determinación es especialmente necesaria en relación a las obras de arquitectura, que son más un reflejo de la sociedad que un medio de expresión individual, con numerosas particularidades.

Sin embargo autores como Lipszic y Villalba sostienen que «*El reconocimiento a los autores de un derecho de propiedad sobre sus obras esencial e inequívoco semejante al derecho de dominio sobre las cosas materiales y su inclusión en nuestra Constitución Nacional entre los derechos fundamentales del individuo-que no son una simple creación de la ley sino que pueden y deben ser reconocidos sin que sea necesaria su reglamentación permitió que los tribunales aplicaran el derecho de autor aún antes de dictarse una ley específica sobre la materia*»[48].

Los tribunales han dicho que «el derecho de los autores existe y se les reconoce unánimemente, porque es un derecho impuesto por las más altas razones de justicia y equidad; con razón se ha dicho que el derecho del autor sobre sus obras era la más legítima de todas las propiedades, porque la obra es el fruto por excelencia del trabajo del hombre»[49].

A partir de estas definiciones resulta muy difícil conceptualizar los derechos del artista[50].

B. De los derechos morales

A principios de siglo XX el artista empieza a ser visto por las distintas legislaciones como una categoría especial de trabajador y es así que a comienzan a reconocerle ciertos derechos, distintos de los patrimoniales, en virtud de su calidad de autor[51]. Se parte del supuesto que hay un vínculo que une al autor

48. Villalba, Carlos A.; Lipszyc, Delia, La Ley 2001, *op. cit.*, p. 3.
49. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 21/4/05 «Heinrich, Ana María Erna E C/ Ediciones Altaya S.A. s/ Daños y Perjuicios» Causa nº 4.820/2001.
50. Sin embargo éstas son las justificaciones que se utilizan comúnmente en jurisprudencia y en doctrina para referirse a la naturaleza de los derechos de autor.
51. Como parte de ese proceso, en el año 1928 fueron incorporados dos aspectos de estos derechos en el Artículo 6 bis del Convenio de Berna para la protección de obras

con su obra que sobrevive la eventual transferencia de sus derechos económicos y así hay ciertos usos, principalmente públicos, que pueden afectar al artista o a la fidelidad del mensaje que quiso transmitir, o que pueden atentar contra la integridad de su obra.

El alcance y la naturaleza de estos derechos no tienen tratamiento uniforme en las legislaciones del mundo, así en sus formas más amplias incluye los siguientes aspectos: a) el derecho a la paternidad, importa el derecho a ser reconocido como autor de su obra y que se lo vincule con ella, así como a evitar que otros se adjudiquen su obra como propia; b) el derecho a la integridad de la obra, destinado a prevenir alteraciones o mutilaciones de la obra; c) el derecho a la publicación, en el sentido que solo el artista decide cuando y como divulgar su obra, y d) el derecho a arrepentirse o reconsiderar quitar la obra del comercio.

Más allá de ciertas interpretaciones doctrinarias, la Ley 11.723/1933 contiene un solo artículo[52] que confiere al autor dos aspectos de los derechos morales mencionados: el derecho de paternidad y el derecho a preservar la integridad de la obra. El primero de estos derechos –a ser reconocido como autor de su obra– no presenta problemas de interpretación ni de aplicación, aunque si es importante resaltar que el interés en la protección de este derecho excede el interés del artista.

Hay un interés del público en que se respete esa conexión entre la obra y su creador, y en el área del arte en particular hay además hay otro interés involucrado y es el de aquellos que poseen copias de la obra de un artista o la obra misma. En este sentido recurro a Foucault quien en relación al autor de obras literarias ha dicho que «*El nombre de autor no es pues exactamente un nombre propio, el nombre del autor no es simplemente un elemento en un discurso, ejerce un cierto papel respecto de los discursos, asegura una función calificadora, un nombre permite agrupar un número de textos, delimitarlos, excluirlos, que varios textos hayan sido colocados bajo un mismo nombre indica que se estableció entre ellos una relación de homogeneidad o de filiación o de autentificación de unos por los otros o de explicación reciproca....*»[53]. El nombre del artista tiene un significado importante y funciona, salvando las diferencias, como la marca a su origen.

El otro aspecto de los derechos morales, el derecho a que se respete la integridad de la obra, es un derecho cuya aplicación presenta ciertas complejidades en relación a las obras de arte, obras para las que pareciera no haber sido concebido en la Ley de 11.723/1933:

---

literarias y artísticas. el que fue aprobado e incorporado en Argentina mediante Ley 25.140/1999.

52. Congreso Nacional Diario de sesiones Cámara de Senadores, 18 de Septiembre de 1933, 39 reunión 28 sesión, pp. 212-213.

53. Foucault, Michel, *¿Qué es un autor?* Conferencia 22 de enero de 1969 en la Sociedad Francesa de filosofía. Disponible en: *148.206.53.230/revistasuam/dialectica/include/getdoc.php?id=286.*

> *Artículo 52 expresa: «Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor».*

En la explicación de esta norma, la comisión redactora informaba al Senado: «*El derecho moral es el que corresponde a todo autor cuando haya cedido la propiedad de su obra, para vigilar que esta se represente, se imprima* o *se ejecute con toda fidelidad. Y en lo que se refiere al respeto cuando ha pasado al dominio público se establece el Artículo 82*»[54]. Pareciera entonces que los legisladores solo tuvieron en cuenta las obras literarias, musicales y dramáticas y no otro tipo de obras tales como las artísticas, que existen en una sola copia o en unas pocas copias; las arquitectónicas –que presentan una problemática particular por su doble carácter funcional; ni los murales–.

El Convenio de Berna reconoce ambos derechos morales, así establece que:

> *Artículo 6 bis «el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación».*

De acuerdo a esta norma, para que la alteración genere un daño tiene que causar un perjuicio al honor o a la reputación del artista. Es decir que la norma impone un análisis del artista y de su obra cuando se alega la violación de este derecho.

Sin embargo, para los tribunales la alteración de una obra sin el consentimiento del artista importa automáticamente la generación de un daño moral[55]. Cabe preguntarse si debiera o no tener relevancia la calidad de artista del autor y el mérito artístico de la obra al momento de evaluar el perjuicio a este derecho; así como también cuál es el derecho del propietario de la cosa en donde se encuentra plasmada la expresión del artista. ¿Cuál es el verdadero sentido de éste derecho?[56].

El Artículo 83 de la ley contempla un «derecho moral de control» (en palabras de la comisión redactora) tomado de la ley rumana de 1923, que contempla la denuncia que puede hacer cualquier particular frente a la detección de una mutilación o modificación de una obra literaria, científica o artística.

---

54. Congreso Nacional Diario de sesiones Cámara de Senadores, 18 de Septiembre de 1933, 39 reunión 28 sesión, p. 213.
55. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, 09/03/11: «Seiguerman, Luciano c/ Greco, Hernán y otros s/ daños y perjuicios»; Cámara Civil y Comercial, Rosario Sala III 03/09/08: «Barrea, Osvaldo Rubén c/ Banco de Santa fe y otro».
56. Cámara Civil y Comercial Bahía Blanca Sala I, causa 128.252 21/06/2007 «Fortunato, Jorge c/ Consorcio Edificio Trellini»; Cámara Federal de Mendoza Sala b, causa 92.724-a-4402 09/05/2012 «Alfaro, Gastón y otros c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura s/ daños y perjuicios».

Si bien como dije nuestra ley recepta solo dos aspectos de estos derechos, la doctrina –autores tales como Emery, Lipszyc y Villalba[57]– así como la jurisprudencia de los tribunales han extendido el alcance de la protección a los cuatro aspectos de los derechos morales mencionados[58]. También han sostenido los tribunales que estos derechos son inalienables; –irrenunciables e imprescriptibles– ya que son considerados como un derecho de la personalidad[59]. Estas características son discutibles por varias razones ya que los derechos morales son reconocidos al artista en su calidad de tal y solo en relación a su obra; y además subsisten a ella.

3.2.4. Lineamientos generales de la Ley de Propiedad Intelectual 11.723/1933

Los derechos de autor están relacionados con la literatura, las artes visuales y el entretenimiento. En nuestro sistema legal el artista es siempre un ser humano[60].

El autor para ser tal tiene que haber generado algo, tiene que haber dado forma a su expresión sin haber copiado la expresión utilizada por otros. Estoy hablando aquí de originalidad.

Cuando hablamos de la propiedad intelectual o de los derechos del artista nos referimos a un abanico de derechos[61] que la ley otorga a esa persona llamada autor y que consisten básicamente en la facultad exclusiva de reproducir, adaptar, publicar, distribuir y disponer de su obra por un período limitado en el tiempo.

Este set de derechos tiene ciertas limitaciones. En primer lugar, si bien la ley prohíbe reproducir la obra del artista, no impide que un tercero pueda crear independientemente una obra que resulte parecida a la primera. En este sentido se ve claramente la diferencia con la invención. El inventor recibe a través de una patente un derecho mucho más fuerte que el derecho reconocido al autor, que le permite excluir a un tercero que independientemente haya llegado al mismo resultado, también la ley le exige un esfuerzo mucho mayor, ya que su aporte debe importar un avance objetivo en el área de la invención.

La ley protege solamente la expresión del artista, y no las ideas, sistemas e información que puedan estar contenidas en sus obras. Esto significa que cual-

---

57. Villalba, Carlos A. y Lipszyc, Delia, La Ley 2001, *op. cit.* p. 85; Emery, Miguel Ángel, *op. cit.,* pp. 76 y ss.
58. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D «Heinrich, Ana María Erna E C/ Ediciones Altaya S.A. s/ Daños y Perjuicios» Causa nº 4.820/2001, 21/04/2005.
59. Fallos 312: 2257 «Casiraghi, Félix y otros c/La Rioja, Pcia. de s/ daños y perjuicios 23/11/89.
60. Ley 11723/1933 Artículo 5 «La propiedad sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados a partir del 1 de enero siguiente al de la muerte del autor».
61. Cuando hablo de los «derechos de autor» me refiero específicamente a los derechos económicos o patrimoniales.

quier persona puede copiar las ideas contenidas en una obra protegida. Como veremos al analizar cada uno de los requisitos que deben reunir las obras para recibir el amparo de la ley, esta distinción entre idea y expresión no siempre es de fácil aplicación.

La obra tiene que estar expresada en un medio tangible que permita su comunicación a otros. Las obras objeto de protección son aquellas que nos instruyen, nos entretienen, que embellecen nuestro mundo y acrecientan de un modo u otro nuestro acervo cultural. Esas obras tienen que poder ser transmitidas, comunicadas, y es por ello que tienen que estar corporizadas para que podamos tener acceso a ellas. Como veremos más adelante la necesidad de que exista «una obra» hace a esa finalidad que la ley está destinada a cumplir.

3.2.5. Duración de los derechos – Formalidades

La ley otorga protección a la obra artística desde el momento de su creación. Es decir que el artista gozará de la protección de este régimen desde el momento en que materialice su expresión en un soporte que le permita su transmisión y comunicación. Este medio puede ser una tela, un bronce, un papel, un archivo digital, etc.

En cuanto a la duración de los derechos otorgados por la ley, dependerá si el autor es una sola persona, si son varias personas, o si es alguien contratado para desarrollar un programa de computación[62].

La ley establece que los derechos exclusivos les corresponden a los artistas durante su vida y a sus herederos o derechohabientes por 70 años más, contados desde el 1 de enero del año siguiente a la muerte del artista[63]. Esto significa que las obras de artistas muertos antes del año 1944 entrarán al dominio público[64].

En el caso de que la obra tenga varios autores, el plazo comenzará a contarse desde el 1 de enero siguiente al de la muerte del último colaborador. En el caso de las obras fotográficas, la ley dispone un plazo de protección de 20 años contados

62. Situación esta última de la que no me ocupo en este trabajo y que está contemplada por la Ley 11723/1933 en el Artículo *4 inc. d.*
63. Este plazo era de vida de autor más 30 años en la Ley 7092/1910; con la ley 11723/1933 se extendió a vida del artista más 50 años; y en 1999 a vida del artista más 70 años.
64. ¿Qué se entiende por dominio público? De acuerdo a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual el dominio público consiste en el material intangible no sujeto a derechos intelectuales y por ende de libre utilización y explotación por cualquier persona. La frase dominio público aparece en el discurso de los derechos de autor en Inglaterra y en Estados Unidos en la segunda parte del siglo XIX, aparentemente tomada de los franceses en la época en que comenzó a esbozarse el Convenio de Berna. En Francia el término ya se utilizaba para referirse a la finalización del término de protección de los derechos de autor. La frase era al igual que hoy signo de «no propiedad» dominio de todos.

desde la primera publicación, mientras que el Convenio de Berna establece que el plazo no podrá ser inferior a 25 años contados desde la realización de la fotografía, por lo que la protección no podrá otorgarse por un plazo inferior a este último.

En el caso de las obras cinematográficas y audiovisuales[65] el plazo es de 50 años desde la muerte del último de los colaboradores enumerados en la ley: autor del argumento, productor y director de la película.

La ley reconoce a las obras de autores extranjeros publicadas en el exterior los plazos de protección acordados en el país en donde se hubiera publicado la obra, y en el caso que esos plazos sean mayores a los previstos por la ley, se aplicarán los plazos de ésta.

El Convenio de Berna establece un plazo mínimo de protección de vida del autor más 50 años, y este plazo es el adoptado por varios países en Centro América así como en Canadá. En varios países de Europa así como en los Estados Unidos[66] la protección es por la vida del autor más 70 años. En España y Colombia la vida del autor más 80 años, mientras que en México la vida del artista más 99 años.

Para saber si una obra está protegida o se encuentra en el dominio público la mayoría de las leyes toman como punto de partida la vida del autor, indiferentemente de cuando la obra haya sido creada o publicada por primera vez.

En Argentina entonces si el artista murió hace menos de 70 años deberemos obtener la autorización de sus herederos o del titular de los derechos de autor para hacer uso de alguno de los derechos otorgados al autor en forma exclusiva por la ley. Si el autor fallece y no deja herederos y no ha cedido sus derechos exclusivos, los mismos pasan al Estado por todo el término de la ley[67].

¿Qué pasa cuando el plazo de vigencia de los derechos expira?

---

65. Conf. artículo 1 del Convenio de Berna: «las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía».
66. En los Estados Unidos este plazo de protección rige para todos las obras creadas después del 1 de enero de 1978. El plazo de protección de las obras creadas con anterioridad a esa fecha depende de varios factores vinculados con la fecha de publicación de la obra.
67. Como los legisladores dieron carácter de derecho de propiedad común a estos derechos y no tuvieron en cuenta el fin perseguido realmente por el sistema constitucional –como incentivo– fue que otorgaron estos derechos al Estado como si fueran parte de la propiedad común. Se aplica así el régimen del Código Civil para las herencias vacantes. Al respecto dispone el Código Civil Argentino Artículo 3.588. *A falta de los que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raíces o muebles, que se encuentren en el territorio de la República, ya sea extranjero o ciudadano argentino, corresponden al Fisco, Provincial o Nacional, según fueren las leyes que rigieren a este respecto.*

La obra debiera pasar al dominio público, quedando así a disposición de cualquier persona que quiera usarla, modificarla o reproducirla. Ese fue el espíritu y fundamento con que fue redactada la cláusula de propiedad intelectual que contiene el Artículo 17 de la CNA. Y fue asimismo el espíritu de la Ley 11.723/1933 de propiedad intelectual. En este sentido dicen los legisladores en el informe de la comisión redactora al Senado «*... el autor ha tomado del dominio público sus ideas, es justo que después de cierto tiempo vuelva su obra al dominio público. El artista se ha impregnado de la cultura y del arte de su época; es justo que después de cierto tiempo le devuelva lo que le debe. Los descendientes del autor no están e estas cuestiones, es justo que sea el pueblo su heredero natural*»[68].

De no existir el dominio público dudo que Marcel Duchamp hubiera podido recrear la Mona Lisa de Da Vinci, ícono que no solo modifica con irreverencia (bigotes, fondo, etc.) sino que al que da un nuevo significado, alejándola en este sentido de su original. Al agregarle la sigla LHOOQ (elle a chaud au cul –«ella está caliente»–) el artista buscó intencionalmente la provocación y una mirada distinta de la obra.

68. Congreso Nacional Cámara de Senadores, sept. 18 de 1933, 39 reunión 28 Sesión ordinaria, pp. 211-212.



Mona Lisa parody «LHOOQ»
Reproducción de una postal con el agregado de un bigote,
barba y título en lápiz (19.7 x 12.4 cm)
Marcel Duchamp, 1919.

Esta nueva Mona Lisa, de autoría de Marcel Duchamp, se encuentra en el dominio público en los Estados Unidos al ser publicada fuera de los Estados Unidos con anterioridad al 1 de enero de 1923 y ese país tiene un régimen especial para las obras publicadas antes del año 1976 (ver nota 30 *ut supra*). Sin embargo, dado que el artista (francés) murió en el año 1968 y que Francia reconoce como plazo de protección la vida del artista más 70 años, sus derechohabientes gozan en ese país de los derechos de autor hasta el año 2039. En Argentina rigen los mismos plazos que en Francia, por lo que el uso de esta obra aquí también requiere autorización.

Como sostuve más arriba, las leyes de propiedad intelectual de los distintos países establecen un período de protección a cuyo vencimiento la obra pasa al dominio público para su libre utilización.

Sin embargo, en Argentina el dominio público como tal no existe. En nuestro país cuando la obra cae en el dominio público, la utilización de una obra no requiere autorización para su uso, pero sí el pago de un gravamen al estado. No importa si la obra es de un artista extranjero o nacional, el gravamen se paga por el uso –edición– de cualquier obra en el domino público.

En el año 1958 se creó el Fondo Nacional de las Artes, mediante Decreto Ley-1.224/58 «*La creación del Fondo Nacional de las Artes como organismo autárquico de la administración pública nacional destinado a servir de agente financiero de la Nación a favor de las actividades culturales del país, trajo como consecuencia la necesidad de dotarlo de recursos auténticos y específicos para el cumplimiento eficiente de tal función... Uno de dichos recursos fue el producto del dominio público pagante, instituido simultáneamente por el Artículo 6 de la ley orgánica del Fondo Nacional de las Artes...También se autorizó al fondo a convenir los servicios de reparticiones públicas o sociedades profesionales autorales con personería jurídica para la fiscalización y cobro de dicho recurso. Como consecuencia de ello SADAIC y ARGENTORES pasaron a ser agentes recaudadores del dominio público pagante*»[69].

La ley orgánica del Fondo Nacional de las artes (Decreto 6255/58) en el Artículo 6 dice:

> «*Artículo 6º-Entiéndase por obras de dominio público sujetas al pago del derecho de autor, las comprendidas en el enunciado del artículo 1º de la Ley número 11.723 y en el artículo 5º de la misma y sus modificaciones*».

La Sociedad de Gestión Colectiva de Derechos de Autor sobre Obras Visuales (SAVA) es la entidad encargada de recaudar este gravamen en casos de reproducción de obras de artes visuales.

En cuanto a las formalidades, el Convenio de Berna establece que el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad[70]. Sin embargo la ley suspende el goce de los derechos económicos hasta tanto se inscriba la obra en la Dirección Nacional de Autor[71]. Para ejercer los derechos de autor

69. Harvey, Edwin, *Derechos de autor, de la cultura y de la información*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 41.
70. Artículo 5 inc (a).
71. Conforme Artículo 63 de la ley 11.723/1933. Sin embargo, en relación a la tutela penal hay tribunales que han manifestado que la falta de inscripción de la obra no obstaculiza las acciones penales, así «... esta postura es la adoptada por una pacífica corriente jurisprudencial de los tribunales penales, quienes admiten que la inscripción de la obra no es requisito formal para el reconocimiento del derecho de autor y menos aún para provocar su suspensión. En efecto, la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual no es, en el sistema de la Ley 11.723/1933, una «conditio sine qua non» para el funcionamiento

en el caso de las obras extranjeras, el autor en principio solo necesita probar que ha cumplido con las formalidades establecidas en el país de publicación inicial.

3.2.6. Distinción entre el objeto que contiene la obra y los derechos del artista

Como ya he expresado más arriba los derechos de autor se vinculan con obras intelectuales cuyo fin es comunicar algo. Su reconocimiento aparece en forma más evidente en un momento histórico en donde el medio para comunicar, enseñar y entretener era la escritura: libros, diarios, etc.

Con las artes visuales se da la particularidad que muchas veces el medio por el cual se comunica el artista es la obra misma. Hay una copia-obra o quizás un número reducido de copias-obra. Este hecho implica que las obras de arte visuales sean distintas de otro tipo de obras comprendidas en la ley y por ello es que debieran estar legisladas de forma tal que esas particularidades estén reflejadas en la ley.

El principio general en materia de derechos de autor es que el adquirente del soporte en el que está incorporada la obra no obtiene –por el mero hecho de tal adquisición– ninguno de los derechos que la ley otorga al autor en exclusividad.

Recordemos que los derechos del autor recaen sobre un bien intangible –el trabajo intelectual– que necesariamente debe plasmarse en una cosa tangible, tal como en una pintura, que permita su comunicación.

Entonces a pesar de que el objeto físico pueda fundirse con la obra, la propiedad de ese objeto no otorga a su dueño los derechos que la ley reconoce al autor. Esto importa decir que si por ejemplo el Museo de Arte Latinoamericano de Buenos Aires (MALBA) decidiera hacer postales o remeras reproduciendo imágenes de obras de su propiedad del artista plástico Rogelio Polesello (1939-2014) debería obtener la autorización de los herederos o de los derechohabientes de los derechos autorales para realizar tales reproducciones. Lo mismo sucedería si decidiera reproducir dichas obras en un catálogo o en una galería digital. La calidad de propietario es distinta de la de titular de los derechos autorales.

En este sentido el Artículo 54 de la ley dice:

> *«La enajenación o cesión de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de artes análogas, salvo pacto en contrario no lleva implícito el derecho de reproducción que permanece reservado al autor o sus derechohabientes».*

Esta norma tiene una redacción deficiente y confusa ya que pareciera inferirse de ella que el derecho de reproducción es el único derecho que queda en cabeza del autor en el caso de venta de la copia que contiene la obra.

---

de la tutela penal». Blaustein, David s/ recurso de casación Causa nº 3105 CNCP, Sala II 23/05/01 y en De Simone D. y Záchera, V. s/ recurso de casación CNCP, Sala II Causa nº 4861 2/04/04.

Entiendo que esa confusión se funda en la falta de comprensión del alcance de estos derechos, tal como se desprende del informe de la comisión redactora ya comentado, y en mi opinión no debiera darse a esta norma más peso que el de hacer la distinción entre el objeto material y la obra del autor.

3.2.7. Obra-concepto

La ley 11.723/1933 no define qué es una obra intelectual, pero hace una enumeración de las categorías que comprende[72]:

> Artículo 1: «*A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y* ***artísticas*** *comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas;* ***las obras de dibujos, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria;*** *los impresos, planos y mapas; los plásticos,* ***fotografías, grabados*** *y discos fonográficos, en fin:* ***toda producción*** *científica, literaria,* ***artística*** *o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección del derecho de autor abarcara la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí».*

Dentro del área de las artes visuales la ley incluye entonces:

«obras de arte», obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura, modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria, fotografías y grabados.

Al incluir la ley obras de dibujo o pintura, como obras distintas de las obras de arte, está dándonos una pauta que la obra no requiere tener mérito artístico para ampararse en su protección. Sin embargo, los jueces han recurrido a peritos en arte para evaluar el carácter de artístico o no de una obra a los fines de su protección[73].

La enunciación que hace la ley de los tipos de obras que protege no es taxativa. La ley deja expresamente abierta su protección a nuevas formas de expresión dentro de los géneros descriptos.

La ley no asigna ningún criterio estético ni insinúa que las obras deban tener un valor intrínseco para estar bajo su amparo. Por lo tanto para saber si una obra de arte está comprendida o no dentro del régimen de la ley debemos indagar cuáles son los elementos necesarios que deben estar presentes para ser considerada una obra intelectual.

Como surge de la última parte del Artículo 1 citado, la ley protege solamente la expresión del autor. Ni las ideas ni los sistemas o procesos, información o hechos que puedan ser parte de la obra están protegidos, y pertenecen al dominio

72. El resaltado es mío.
73. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 25/06/2004 «Santander de Santamaría, Cristina c/ López Gutiérrez, Benilde y otros».

público (salvo que sean objeto de una patente). El principio es claro en la jurisprudencia en su enunciación, no necesariamente en su aplicación. Los tribunales han dicho que *«La ley de propiedad intelectual protege sólo la forma, el modo de expresión y deja dentro del dominio público la idea, la cual integra el fondo común de la humanidad, concepto que ha sido expresado doctrinalmente al afirmarse Las ideas consideradas en sí mismas no son obras y su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas...»*[74].

El primer requisito es entonces que la expresión del autor esté presente, como veremos se presenta aquí un problema con cierta obras de arte conceptual, ya que para los derechos de autor no basta que el famoso artista Marcel Duchamp haya dicho que un urinal es una obra de arte para que su obra esté incluida en la categoría de obras amparadas por la ley de derecho de autor. Tiene que haber material expresivo del artista plasmado en la obra para que sea «suya» en el sentido autoral.

¿Qué otros elementos además de la expresión del autor son necesarios para que una obra de arte esté protegida por la ley? La ley no define que es una obra ni tampoco indica que elementos debe reunir para obtener su amparo, ni que criterio debe seguirse para su determinación.

Los requisitos han sido establecidos por la doctrina y por la jurisprudencia. En este sentido los tribunales han sostenido que «*Existe un amplio margen en el arbitrio judicial para la determinación de estos derechos y su consecuente protección desde que la legislación acuerda tutela a todo tipo de producción intelectual (literaria, artística, científica, etc.)»*[75]. Ambas fuentes han sentado criterios basados en las propias visiones del autor o del juez de lo que debiera estar protegido, por lo que si bien los requisitos reciben más o menos un mismo nombre no siempre hay uniformidad sobre que significan. Doctrina y jurisprudencia hablan del sello personal, originalidad, que la obra no sea copia de una obra anterior, de una módica suma de creatividad, elemento expresivo, fijación de la obra en un soporte que permita su comunicación:

> *«La ley 11.723 dispone que lo protegible es propiamente la "obra", sea ella científica, literaria o artística, es decir, que lo que aparece como objeto material de custodia, es siempre una realización humana, un "opus", que, como tal, siempre importa una transformación o cambio de la realidad. Para el derecho de autor, "obra" es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento, que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente y tiene aptitud para ser difundida o reproducida (conf.* Lipszyc, D., *Derechos de autor y derecho conexos,* Unesco-Cerlalc-Zavalía, Bs. As., 1993, p. 61; Golstein, M., *Derechos de autor,* La Roca, Bs. As. 1995, pp. 51 y ss.»[76].

74. Cámara Criminal Correccional, Sala IV, 17/06/2008, causa N 34.312 «Kovadloff, Santiago s/ infracción ley 11.723 –s/sobreseimiento».
75. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 15/07/1996 «Cardo, Horacio F. c. Editorial Perfil S. A.». La Ley 1997-D, 145 • DJ 1998-1, 504 • AR/JUR/1107/1996.
76. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 13/12/2004, causa N 405561 «Carvajal Casteran, Germán c/ Alesanco, Adriana s/ autorización».

«*Para que una obra intelectual esté protegida la originalidad o individualidad no requiere novedad temática, basta que exprese lo propio del autor, que lleve la impronta de su personalidad*»[77].

«*en materia de derechos de autor el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada ni es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena, por lo que aún cuando se utilizan ideas "viejas" la creación no se afecta, desde que sólo es necesario que la obra sea distinta de las que existían con anterioridad, que no sea una copia o imitación de otra, para lo cual no cuenta el valor cultural o artístico que pueda tener ni el mérito que le adjudique cada uno según sus propios gustos (conf.* Satanowsky, *Derecho intelectual,* Bs. As., T.E.A. 1954, T I, nº 109, pp. 170/171)»[78].

«*a los fines de la protección legal no tiene relevancia el mérito de la obra, su valor cultural o artístico, ni que esté destinada a un fin cultural o a un fin utilitario, como sucede con los programas de computación, las obras de publicidad, los libros de cocina, etc. (*Villalba *y* Lipszyc*, El derecho de autor en la Argentina,* 2001, Ed. La Ley, ap. 2.9, p. 26). *Sí es necesario, en cambio, que presenten las características de originalidad (o individualidad) que, como señalan los mismos autores, reside en la expresión, es decir, en la forma representativa, creativa e individualizada de la obra, aun cuando la creación y la individualidad sean mínimas. También se ha dicho que para que exista originalidad en la obra es suficiente que medie aporte personal del espíritu, de carácter intelectual, "que distinga a lo creado de los elementos o ideas que se conocían que se utilizan combinándolas en un modo distinto" (C. Nac. Civ., sala F, 17/12/1987), que revele la impronta de su personalidad, sin que importe que se utilicen elementos existentes. Se trata, pues, de una cuestión de hecho, librada a la apreciación judicial*»[79].

3.2.8. Requisitos para la protección

A. Fijación

El Artículo 17 de la CNA habla de «el autor» y de su «obra». Una obra es una cosa hecha o producida por un agente[80]. La expresión del autor para ser objeto de protección debe estar plasmada en una obra, esto es en alguna forma material que le permita ser vista, percibida, escrita, reproducida o comunicada.

La ley, en este sentido expresa que «*A los efectos de la presente ley, las* ***obras...*** *en fin toda* ***producción***[81] *científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción*».

77. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 14/10/1993 causa 135.834 «Waveluk María c/ Iglesia Ortodox s/ Propiedad Intelectual».
78. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 7/05/2001, causa N 291.287 «Asa, Víctor Ceferino c/ SADEI S.A. s/ propiedad intelectual».
79. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E 25/06/2004 (del voto del Sr. Juez Dupuis «Santander de Santamaría, Cristina c/ López Gutiérrez, Benilde y otros».
80. Conforme con el Diccionario de la Real Academia española (primera acepción).
81. Conforme con el Diccionario de la Real Academia española producir significa: Procurar, originar, ocasionar. Dicho de una persona: Exhibir, presentar, manifestar a la vista y exa-

La ley protege la expresión cualquiera sea el procedimiento de reproducción de la misma. Es decir que para que la expresión tenga protección tiene que poder ser reproducida y una obra no es susceptible de ser reproducida hasta que no está plasmada en una forma en que pueda ser vista, percibida y escrita. La ley no protege la concepción intelectual sino la obra realizada.

El hecho de que la obra deba estar plasmada en una copia u objeto material tiene un sentido práctico importante ya que permite determinar de un modo cierto y preciso en qué consiste la obra, cual su alcance y su forma frente a reclamos por obras similares. ¿Qué es lo que se está protegiendo?

Los tribunales han sostenido que «*frente a un planteo similar –aunque relativo a la posibilidad de proteger penalmente una obra literaria que aún no se encontraba registrada– afirmé que el derecho de autor de una obra nacía cuando ésta se materializaba obviamente y para el caso de la fotografía mediante su revelado*[82]*; «el análisis debe circunscribirse a la expresión de la idea, a la forma en que el autor la ha plasmado"»*[83].

Hay muchas formas de expresión en el arte contemporáneo tales como las instalaciones artísticas, que involucran hechos o momentos de la naturaleza, o elementos de corta vida, que dan a la obra una duración poco más que transitoria y no hay un aspecto expresivo del artista que pueda quedar plasmado en un objeto. La obra en sí misma pasa más por un concepto, una percepción, una experiencia. Estas obras no reciben protección por la ley de los derechos de autor, porque no hay un elemento expresivo del autor que se encuentre fijado y si bien puede ser que estén comunicadas a través de una fotografía (como se reproduce más abajo) o en una grabación, la protección será en todo caso de esa obra fotográfica o audiovisual que la documenta, pero serán éstas una obra distinta de la intervención o instalación que documentan.

Tomemos por ejemplo el caso del consagrado artista americano James Turrell, a quien se le ha dedicado todo un museo en Molinos, provincia de Salta, Argentina. Turrell es, por ejemplo, un artista que combina luz –natural y artificial– en el espacio para crear maravillosas instalaciones, pero en realidad en sus trabajos no hay nada más allá del espacio y la luz. Su arte está en las percepciones, en el fluido del espacio y de la luz. Uno puede caminar por un espacio oscuro y al final encontrarse con una luz que genera una sensación de precipicio, de caída. Toda su obra está centrada en investigaciones sobre la percepción, la luz, el color, el espacio[84].

---

men aquellas razones o motivos o las pruebas que pueden apoyar su justicia o el derecho que tiene para su pretensión. Crear cosas o servicios con valor económico.

82. Cámara Nacional de Casación Penal, sala II • 02/04/2004 • De Simone, Daniel E. y otro s/rec. de casación, LA LEY 05/11/2004, 7 AR/JUR/1724/2004.
83. Cámara Criminal y Correccional. Sala IV, 17/06/2008 Causa 34312 «Kovadloff Santiago s/ Infracción Ley 11.723».
84. Ver: *http://jamesturrell.com/about/biography/*; *http://www.bodegacolome.com/museo/?lang=en*.



Fotografía del espacio abierto en el Museo James Turrell, Salta, Argentina.

El celeste del techo es en realidad la luz natural del atardecer, que en el espacio abierto e iluminado de una manera especial generan múltiples sensaciones.

La fotografía reproducida arriba solo fijó el momento exacto en el que se tomó, pero la obra no es siempre la misma, solo se pueden captar imágenes temporarias de ella, por lo que la fotografía sería en todo caso una representación de parte de la obra.

Lo mismo sucede con instalaciones como las realizadas por la artista plástica Marta Minujín tales como el obelisco de Pan dulce realizado en 1979 en la Sociedad Rural con motivo de las Ferias de las Naciones, y en cuyo cartel se leía: El obelisco de pan dulce es la primera obra de arte comestible del mundo. La artista lo llamó arte de participación: «Tanto al observarlo estéticamente como al llevarse cada uno de ustedes un pan dulce que lo recubre, participarán de la creación y desintegración del arte contemporáneo»[85].

85. Ver: *http://www.parati.com.ar/lo-nuevo/personajes/marta-minujin/10787.html.*

Autores como Lipszic y Villalba sostienen que la ley no requiere la fijación «*...por ello están protegidas las obras que se comunican al público en forma oral las improvisaciones y las clases...*». Sin embargo no explican los autores como se precisa y determina la obra en ese caso, y como podría hacerse eventualmente el confronte entre esa obra no fijada y otra para determinar similitudes o diferencias en caso de plagio. «*El plagio se configura cuando la obra posterior presenta una semejanza tal con la anterior que constituye una imitación de esta última, es decir, algo más que una inspiración o reminiscencia*»[86].

Los tribunales han sostenido que «*Para que toda obra intelectual sea protegida debe ser una creación humanamente perceptible. Así, si bien aquélla no puede existir sin elementos materiales, es distinta de los medios utilizados para expresarla, fijarla y exteriorizarla, esto es, aún cuando una obra intelectual se percibe por medios materiales no es idéntica a éstos*»[87] y que «*La invención o creación intelectual es un bien inmaterial, que se tiene objetivando la idea que lo expresa, es decir, debe constituirse un "objeto" sobre el cual recaiga lo que se llama propiedad intelectual*»[88].

B. Expresión e Ideas

«*Y ahora yo digo, solo aquel que ha podido encontrar un ritmo nuevo, propio, personal, solo ese podrá poner lo que sienta y vea, de manera también propia. Y aquí no entiendo por ritmo propio lo que pertenece a las leyes constructivas universales, sino a la modalidad suya, esto es la invención que será su creación, dentro de aquellas leyes que tienen que ser de todos*»[89].

No he encontrado ni en la jurisprudencia ni en doctrina una proposición que exhiba con tanta claridad y exactitud las características del tema que aquí quiero exponer: la expresión del autor (término que para este punto es más amplio que en el contexto artístico)[90]. El artista uruguayo Torres García ha resumido en solo cinco renglones aquello para lo que los jueces han dedicado páginas, en su mayoría con un contenido difícil de dilucidar.

La expresión del autor en una obra intelectual constituye el único aspecto protegido de la obra bajo el sistema de los derechos de autor. Esa expresión protegida estará dada por la reacción personal del autor frente a lo existente.

---

86. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 18/10/2002 «D'arby Terence Trent y otro c. Sanguinet, Mario» La Ley 2002-F, 764 • ED 200, 261 • (AR, JUR, 1833, 200).
87. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H • 08/04/1998 • «The Walt Disney Company c. Video Editores» • La Ley 1998-D, 498 • DJ 1998-3, 769 • (AR, JUR, 961, 1998).
88. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 2/09/1986 Causa N 21.263 «Gibellini, Elias Juan c/ Asorte S.A. de AH. p/ Fin Det. s/ Reivindicación».
89. Torres García, Joaquín, extracto del artículo «Con respecto a una futura creación literaria», Montevideo, 1944, reproducido en *Arte Abstracto Argentino*, Fundación Proa, Buenos Aires, p. 157.
90. Esta definición del artista Torres García también nos es de gran utilidad para determinar quién es el «autor» para la Ley 11.723/1933 frente a cierto tipo de obras en las que colaboran un cierto número de personas bajo la dirección de un artista, como es en el caso de los murales o en la realización de obras fotográficas.

Como cada persona es única, la expresión también tendrá algo de único, y es por ello que la obra para obtener la protección de la Ley 11.723/1933 debe además ser «original» (término que analizo más abajo).

Tal como surge de la segunda parte del Artículo 1 de la Ley 11.723/1933, la ley protege solamente el aspecto expresivo de la obra, y no las ideas contenidas en ella. La protección que da la ley no impide que otros usen las ideas, los sistemas o la información que provea el artista en su obra.

El autor de una obra de propiedad intelectual podrá impedir entonces que un segundo autor copie su obra sin su consentimiento, pero no podrá impedir que ese segundo autor desarrolle con sus propias palabras o imágenes los mismos conceptos por él desarrollados ni tampoco que tome de su trabajo elementos que no son de su creación. Sin embargo este principio de fácil elaboración, no siempre es de sencilla aplicación. No resulta un problema aplicar este principio frente a ciertas situaciones.

Así por ejemplo podemos distinguir las distintas representaciones que los artistas han dado al episodio evangélico de la Última Cena, siendo que todos los artistas son libres de representarlo, pero que ninguno puede tomar la representación que de ella hizo por ejemplo el artista plástico León Ferrari en la obra reproducida en este trabajo sin la autorización de sus herederos (sí podrán tomar las representaciones que de ella hicieron artistas como Giotto, Leonardo o Tintoretto, ya que éstas se encuentran en el dominio público, aunque en Argentina tendrán que pagar un gravamen al estado por su uso).

Quinquela Martín, Osvaldo Imperiale, Nicolás García Uriburu son algunos de los artistas que han representado a través de sus obras el puerto de Buenos Aires, el Riachuelo, el barrio de La Boca. El tema fue el mismo, pero cada uno encontró su ritmo, su forma para expresarlos.

Hasta aquí no vemos mayores dificultades para distinguir la expresión de la idea. Vamos a adentrarnos en una zona más gris que agrega algunas particularidades.

Voy a plantear el tema a través de un ejemplo: Aproximadamente a mediados de los años 90 con el objeto de crear imágenes ingeniosas y audaces basadas en fotografías de revistas y en obras de arte de la historia, el artista brasilero Vik Muniz empieza a incorporar a sus fotografías todo tipo de materiales de uso cotidiano u ordinario tales como: puntillas, algodón, caviar, mermeladas, tierra, piedras, chocolate, azúcar, papel, especias, miel, alambre, hilos, basura, pegamento, caramelos, y muchos productos cotidianos para realizar grandes retratos de iconos o figuras populares. Realiza así retratos partiendo de una fotografía digitalizada, que será luego manipulada para darle forma con el material elegido. En su obra, Muniz nos sitúa frente a un retrato en gran escala o una imagen generalmente a gran escala también que nos hace conscientes de nuestro propio acto de percepción. Depende a qué distancia nos situemos nos hace cuestionarnos lo que estamos viendo: si nos alejamos captamos una imagen mientras que si nos acercamos

vemos solo un conjunto de materia o la miel, el papel, las piedras, etc. Reproduzco un retrato a gran escala del artista.



Elizabeth Taylor, serie «Fotos de diamantes», 2004
Vik Muniz (Brazilian, b.1961)
El siguiente es un extracto publicado por Arnet en relación a esta obra:[91]

«Conocido por sus representaciones de imágenes icónicas, usando distintos tipos de materiales, entre los que usó más de 550 carats de diamantes para recrear famosos retratos en sus series, jugando con la luz y sus reflejos para hacer que los rostros brillen sobre el fondo negro. Especialmente con esta representación de Elizabeth Taylor, quien adoraba los diamantes, Muniz hace énfasis en la comparación obvia entre diamantes y la vida de la encantadora actriz de Hollywood. A través del uso de materiales no perecederos y brillantes su obra hace alusión a la imagen de Taylor como una personificación perpetua de la elegancia, belleza y esplendor».

Mondongo es un grupo de artistas argentinos[92], que en el año 2004 expuso en Madrid, España, una serie de retratos a gran escala (1,50 x 1,50) entre ellos retratos de miembros de la familia real y de distintas personas que «de alguna manera han estado en la cima en alguna de sus actividades». Los artistas utilizan imágenes fotográficas digitalizadas y manipuladas hasta convertirlas en grillas

91. Ver: *http://www.artnet.com/auctions/artists/vik-muniz/elizabeth-taylor-from-pictures-of-diamonds.*
92. Integrado por Manuel Mendanha, Agustina Picasso y Juliana Laffitte.

de color, más tarde ampliadas y trasladadas al plano para luego ser revestidas con materiales diversos. A continuación un extracto de una nota del diario Página 12 en relación a dicha muestra:

> *«A media distancia, las obras de 150 x 150 centímetros llaman la atención por su textura, difícil de distinguir. El impacto se produce a corta distancia, cuando se descubre la disparidad de los materiales empleados...». En el caso de la familia real española, el mosaico de cuadrículas vítreas pretende representar un espejo fragmentado como reflejo de la identidad y el poder real. El retrato del papa Juan Pablo II está realizado con hostias sobre madera. «La elección del material es muy obvia –dice Juliana Lafitte– y al mismo tiempo creo que hemos logrado un resultado muy sofisticado». Walt Disney en plastilina, «porque es un material de niños que se puede desarrollar mucho», comenta Manuel Mendanha. El general José de San Martín, en miles de pequeños fragmentos de papel de celofán cortados a punzón, es un alegato contra el uso y abuso de la imagen del libertador hasta vaciarla de contenido. El retrato de David Bowie está hecho en purpurina, que el cantante utilizaba como maquillaje en los años 70, con un brillo muy fulgurante».*

Reproduzco a continuación una obra de Mondongo, fotografía intervenida con galletitas:



Fotografía intervenida con galletitas, recubierta con resina
Mondongo, Fecha (¿?)[93]

93. No he encontrado referencia a esta obra en la página web de los artistas.

Hay una semejanza en la técnica, en el tamaño a gran escala de los retratos de las mujeres, en el uso de materiales no convencionales que dan a las obras una similitud de estilos que nos podría llevar a pensar que las obras podrían haber sido realizadas por un mismo autor. ¿Pero radica la similitud de las obras en la expresión del autor protegida por los derechos de autor? No estoy analizando aquí si los retratos son copias unos de otros, eso no está en discusión, claramente no lo son.

Las obras fueron creadas más o menos en la misma época, y por la particularidad del uso de materiales podemos pensar que un artista influyo en el otro. No es discutible que ambos artistas puedan usar una técnica similar y lograr efectos similares en retratos a gran escala intervenidos con pequeñas piezas que dan un efecto similar al observador. A primera vista hay una relación de estilos, que son un ingrediente importante de la expresión del artista. Lo mismo sucede entre los dos retratos de niños que reproduzco a continuación, los que también a vuelo de pájaro guardan entre si el mismo tipo de similitudes que las que presentan los dos retratos de las mujeres. El plano en el que se presenta el retratado, las luces y sombras del retrato, la forma particular de presentarlo intervenido (a pesar de que en el caso Muniz la obra es directamente una fotografía de la intervención y en el de Mondongo la obra es la obra intervenida, una obra texturada).

Si bien el estilo es parte de la expresión del artista, no está protegido por el derecho de autor. Será pionero para la historia del arte aquel que haya sido el primero en desarrollar un determinado estilo, pero eso aquí no es relevante. El estilo involucra ideas que están exentas de protección. Pensemos en el impresionismo, artistas como Frédéric Bazille, Edgar Degas, Claude Monet, Berthe Morisot, Camille Pissarro, Auguste Renoir, todos pintaban paisajes, escenas cotidianas, etc. en un estilo común.



Vik Muniz, fotografía, papel negro y azúcar



Mondongo

Las obras que reproduzco a continuación corresponden a dos artistas reconocidos, uno argentino y otro alemán. El tema es el mismo, ambos están explorando la misma idea, con una mínima variación si se quiere que el primero roza dos paredes y el segundo una. ¿Cuál es la expresión del artista en la foto 1? ¿Y la expresión del artista en la foto 2? Estamos frente a dos obras artísticas. Una obra fue creada antes que la otra ¿Podría el primer artista invocar que el segundo artista copió su obra? ¿En qué consiste su obra exactamente? ¿Cómo determinamos aquí la expresión del autor más allá de la idea contenida?



Foto 1: «Fan»

1 ventilador de techo metálico 53 x 142 x 142 cm
Un ventilador de techo está instalado demasiado cerca del ángulo de una habitación.
Tan cerca que sus aspas dañan las dos paredes produciendo un sonido repetitivo.
El polvo se acumula debajo de las marcas de las paredes[94].

94. Ver: *http://www.jorgemacchi.com/es/obras/363/fan*. Jorge Macchi, 2013.

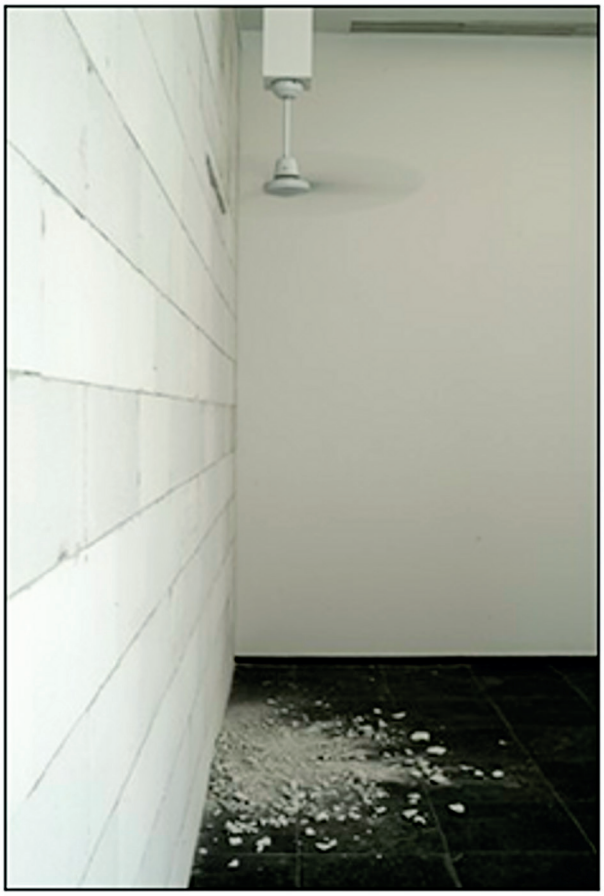


Foto 2: «The visitor»
Fan and aerated cement blocks
Herman Van Ingelgem, 2007

Las obras de arte conceptual presentan un problema particular para los derechos de autor, ya que la expresión del artista no está necesariamente plasmada en la obra de arte, y lo representado es el concepto, la idea misma que el espectador debe interpretar.

La desmaterialización del objeto que antes contenía la obra de arte hace que este tipo de obras estén en la mayoría de los casos fuera del régimen de los derechos de autor. Para la ley de propiedad intelectual como hemos ido desarrollando el autor tiene que haber plasmado su expresión de forma tal que no presente dudas de cuál es su obra, su aporte personal.

A pesar de la claridad de los términos en los que la Ley 11.723/1933 expresa que la protección no abarca sistemas ni ideas, así como también la comprensión

que pareciera tenerse en general sobre cuál es el ámbito y objeto de los derechos de autor, hay numerosos casos jurisprudenciales en los que algunos tribunales, aún enunciando estos principios, han dado y todavía hoy dan protección por el régimen de los derechos de autor a la aplicación práctica de ideas y de planes, extendiendo el objeto y el ámbito de aplicación de la Ley 11.723/1933. Comento a continuación algunos de estos casos:

En el caso **Forgione, D c/ Berioli, A y otros**[95] el tribunal consideró expresión individual de la actora la idea de combinar distintos planos para producir efectos visuales distintos, algo totalmente ajeno al derecho de autor. Así sostuvo que «*...la inclinación simultánea (en diferentes posiciones) de distintas líneas rectas y/o planos que daban diferentes efectos visuales que había elegido la actora constituía una obra protegible por la ley 11.723, paradójicamente la idea subyacente era la misma, lograr efectos visuales diferentes a partir de la combinación de planos inclinados...*». La protección que se dio a la actora estaría ubicada en «las leyes universales de la física».

En el caso **Torbey Salid H C/Telecom Personal SA**[96] «el actor demandó por la apropiación que hiciera la demandada de un plan de comercialización que el habìa ideado. La sala sostuvo que «*como es sabido, la doctrina coincide en que el derecho de autor sólo protege las creaciones formales y no las ideas. Como se ha dicho las ideas no son obras, y por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas. El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa...*», sin embargo el tribunal otorgó protección bajo la ley de propiedad intelectual a un plan de comercialización– El demandado utilizó un plan muy similar al ideado por el actor, y el Tribunal condenó a Telecom por plagio, en el entendimiento de que se apropió de una obra de autor protegida por Ley 11.723/1933, ya que conforme sostuvo «*... el actor no sólo hizo conocer una ideas a la empresa sino que desarrolló todo un plan de comercialización...*».

A lo largo del fallo el tribunal repasó los conceptos generales del derecho de autor en cuanto a que el sistema protegía las creaciones formales y no a las ideas, habló de la novedad relativa requerida para la protección. Finalmente expresó que la idea base era la misma en ambos planes, considerando relevante la prueba pericial de un ingeniero, en donde el perito advirtió sobre la similitud del producto comercializado por Telecom. Sostuvo el tribunal que la originalidad del plan de comercialización ideado por el actor tampoco ofrecía lugar a dudas. Concluyó afirmando que se había configurado un caso de plagio ya que se había imitado el desarrollo de un plan de comercialización original y propio de la creación del autor.

El tribunal, sensible frente a la inequidad que representaba el hecho de que una parte se beneficiara con lo aportado por la otra sin pagar por ello, dio pro-

95. Cámara 5ª de Apelación en lo Civil y Comercial Córdoba Sentencia nº 169, 30/12/1996.
96. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 19/02/09, La Ley 2009-E (AR, JUR 2009, 29732).

tección a la aplicación práctica de una idea que encontró «novedosa y original» extendiendo la protección a un ámbito ajeno.

Cabe destacar que los derechos de propiedad intelectual están destinados a proteger la expresión mientras que la competencia desleal está diseñada para proteger las ventajas comerciales derivadas de esfuerzos intelectuales.

C. Originalidad y módica cuota de creatividad

«La originalidad constituye un requisito indispensable para que una obra intelectual merezca la protección de la ley, es de la esencia del derecho intelectual y conforma su propia base. La obra de cualquier género que fuese (artística, literaria, musical o plástica) debe ser el resultado de una elaboración del intelecto y su originalidad estriba en contener aquel elemento creativo que constituye la esencia para hacerla protegible»[97].

«La ley solo protege la forma, el modo de expresión, la aplicación del tema, la marca de individualidad, es decir, lo que da a la obra el carácter personal, original, lo que revela el poder creador del autor. No es tutelable en cambio la realidad material en que se ha inspirado o de la cual el autor ha hecho objeto de su expresión, porque esa realidad no ha sido creada por el»[98].

La originalidad es un requisito que hace al autor, a su calidad de tal.

La obra para gozar de protección debe ser original, pero la originalidad en materia autoral no es sinónimo de novedad en cuanto al tema tratado, ni tampoco en cuanto a la inventiva o al mérito que éste exhiba; no hace al contenido de la obra sino que hace al autor de ella. Es equivalente a creación independiente, significa que aquel que se dice autor es realmente quien ha dado origen a la obra que se adjudica como propia, y que para ello no ha copiado el trabajo de otro.

A los fines de la Ley 11.723/1933 no importa la novedad del contenido de la obra, no importa si –como en el caso «Torbey»– se desarrolló un plan de comercialización novedoso o si –como en el caso «Forgione»– se pusieron planos inclinados en forma creativa para crear efectos visuales distintos.

En los casos judiciales mencionados los tribunales equivocaron el foco del análisis: el estudio de la originalidad de la obra debió realizarse sobre el aspecto expresivo del autor. Es allí en donde debe buscarse si la obra cumple o no con este requisito.

La originalidad debe acompañarse de otro elemento que los jueces denominan módica cuota de creatividad. Así como la originalidad hace al autor, la creatividad hace a la obra. La obra tiene que reflejar un mínimo de creatividad, una cuota de imaginación, algo que lo aleje de lo corriente, común, no en el sentido de algo extraordinario, sino en el sentido de que la obra agregue algo más al acervo cultural, algo que la haga distinguible de otras.

---

97. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 23/06/1976 ED 71-255.
98. «Guebel, Norberto D c/ Fernández Musiak Diego», Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala I, agosto 1999.

Esto significa que hay una limitada franja de obras que a pesar de ser el fruto del trabajo independiente del autor no están protegidas porque la contribución del artista es tan trivial o insignificante que no encuentra amparo legal.

La originalidad requiere que la obra sea la expresión del autor y el estándar no es necesariamente alto, el autor no tiene que haber hecho una contribución objetiva a la sociedad (como le sería requerido a un inventor para obtener una patente) tampoco necesita haber creado una obra de reconocido valor intelectual o artístico. Basta con que el autor se abstenga de copiar de otras obras y contribuya con algo propio, que no signifique quitar algo del dominio público.

Reproduzco a continuación una fotografía de una obra de arte que se encuentra en el dominio público. Conforme el Artículo 34 de la Ley 11.723/1933 las fotografías son obras intelectuales protegidas por los derechos de autor. Ahora bien esta fotografía solo tiene como objetivo registrar la obra subyacente (que se encuentra en el dominio público pagante en Argentina) con la mayor exactitud posible, ya sea para su estudio, su análisis, etc. La fotografía es un calco de la obra original, sin modificación alguna de su contenido ¿Es esta fotografía una obra protegida por los derechos de autor?



«**Alegoría de la fortuna**»
Museo Nacional de Bellas Artes., Buenos Aires, Argentina.
Peter Paul, Rubens (1577-1640)

¿Cuál sería el aporte del fotógrafo, en este caso? ¿Podría un fotógrafo revertir el status de una obra en el dominio público por el mero hecho de reproducirla en otro medio? Nótese que el artista Marcel Duchamp con la Mona Lisa no hizo un gran aporte, sin embargo hizo una nueva Mona Lisa, protegida por los derechos de autor, cualquiera podrá reproducir la Mona Lisa de Da Vinci pero no la obra de Duchamp, mientras rijan los derechos de autor ¿En dónde se encuentra entonces la originalidad del artista en la reproducción exacta de una obra de arte? El dominio público es como vimos un espacio en donde no hay derechos de autor[99]. Todo lo que está en el dominio público puede ser usado por cualquiera sin autorización.

La jurisprudencia en relación a la originalidad de las fotografías no refleja en absoluto un criterio uniforme, a veces requiere un aporte intelectual, otras veces un aporte artístico, y en otras ocasiones basta el hecho del depósito de la obra para que ésta sea obra protegida. En este sentido se ha sostenido que:

«...Las fotografías del recurrente corresponden a diversos sitios de la Argentina tomadas, con tal calidad profesional que ha llevado a la demandada a insertarlas en tres ediciones obrantes en los libros indicados....la demandada no ha producido prueba alguna que revele que se trate de reproducciones o de tomas carentes de valor artístico. En suma, son producto de la creación intelectual de Palma Quintana y merecen la protección que la ley 11.723 les confiere y de este modo la demandada no podía desconocer los límites que esa normativa le confiere a su autor»...[100].

«...la fotografía que coincide con los negativos acompañados por el actor, reservados en sobre de documentación según nota de fs. 28 y que en este acto tengo a la vista, publicada en la revista "Tiempo de Aventura", es producto de la creación intelectual del accionante y como tal merece el amparo de la ley...»[101].

«La originalidad requerida para que las fotografías se encuentren amparadas por el Artículo 1º de la Ley 11.723 (Adla, 1920-1940, 443) reside en la expresión creativa e individualizada de la obra, no exigiéndose como condición necesaria que sean novedosas, a diferencia de lo que ocurre en el instituto de las invenciones...»[102].

Hay fotografías que documentan obras tridimensionales, tales como podrían ser edificios, lugares o las instalaciones de Turrell o Christo (artistas mencionados en este trabajo) que involucran un cierto trabajo intelectual de parte del fotógrafo tales como la elección del encuadre y el foco, el manejo de la luz, etc., que hacen que la fotografía tenga una impronta personal, resultando así en una obra nueva y distinta del objeto fotografiado.

---

99. Aunque como vimos, las legislaciones de los distintos países difieren en los plazos de protección, y en consecuencia de cuando las obras caen al dominio público.
100. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 30/05/2012, Causa N 595.000 «Palma Quintana, Marcos Guillermo c/ Visor Enciclopedias Audiovisuales S.A. s/ Prop. Intelectual».
101. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 19/02/2008 Causa N 488.647 «Scanu, Marcelo Pablo Alejandro c/ Aver S.A. s/ Daños y Perjuicios.
102. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D 16/09/2003 «Molina, Aníbal R. c/ Basf Argentina S.A.» La Ley Online (AR, JUR 2003, 4290).

Hay otro tipo de fotografías, de obras que han caído en el dominio público, como la arriba reproducida y cuyo único propósito es registrar el objeto que se reproduce. ¿Si el objeto está en el dominio público porque debiera volver al privado? ¿Podría distinguirse como propia la foto que haya tomado **A** de la que haya tomado **B** de esa misma obra?

Otra situación interesante para el derecho se presenta cuando el autor de una obra fotográfica aparece retratado en la fotografía cuya autoría se adjudica. ¿Quién es el autor de esa fotografía para la ley de propiedad intelectual?

Nicola Constantino es una reconocida artista argentina, que representó a nuestro país en la Bienal de Arte de Venecia 2013. Una característica de sus obras fotográficas y audiovisuales es que ella es siempre la protagonista, interpretando personajes de la historia del arte o encarnando versiones de ella misma. En la obra presentada en la Bienal la artista personificó a Evita Perón en obras audiovisuales. No cabe duda en el mundo real que Constantino es una artista plástica y la creadora de sus obras, ahora, ¿Es Constantino una autora para el derecho de propiedad intelectual?



«Autoretrato de Nicola»,
Nicola Constantino, 2008

En el caso **Moiso Alejo Augusto C/The Associated Press y otros**[103] el actor reclamó daños y perjuicios por la reproducción no autorizada de una fotografía en la que él aparecía retratado. La sentencia del Tribunal de Primera Instancia desestimó la pretensión con fundamento en que el actor carecía de legitimación para reclamar por la violación a un derecho de autor en tanto no fue quien tomó la foto publicada, sino que posó para ella. El Tribunal de Apelación sostuvo que:

«...En sus agravios el apelante no controvierte la afirmación de la juzgadora de primera instancia, que no le reconoce condición de "autor" de la fotografía difundida por los medios, pues si ésta reproducía su imagen en el lugar del descubrimiento y al lado de los restos hallados de la aeronave, obviamente quien la había tomado no era Moiso sino un tercero. Sin embargo afirma que la fotografía le pertenecía –que era de su dominio–, que fue el autor intelectual de la misma pues dio instrucciones a quien la tomó y que la cámara fotográfica era de su propiedad, circunstancias que a su criterio lo legitiman para el reclamo formulado...».

«...Sin perjuicio de reconocer, como afirma el apelante, que la doctrina especializada ha distinguido entre el arte de una fotografía y el trabajo material de realización de la misma (conf. Emery, Miguel A., *Propiedad intelectual,* Astrea, p. 47, con cita de Satanowsky), *cabe puntualizar que tal distinción se realiza para destacar que las fotografías protegidas por la ley 11.723 son aquéllas cuya composición, selección o modo de captación del sujeto, objeto o escena muestre originalidad, no cuando sean simples copias de la realidad. Sin embargo, de ello no cabe colegir, como parece pretender el recurrente, que pueda distinguirse entre autor material y autor "intelectual" de la fotografía –por haber dado este último instrucciones para la toma o ser el propietario de la máquina– y ello con el objeto de que se le reconozca legitimación para reclamar por derechos de autor en el aludido carácter de autor intelectual...», «... En efecto, el autor es el sujeto de derecho que crea la obra y, como la creación intelectual sólo puede ser realizada por personas físicas, la consecuencia natural es que la condición de autor y la titularidad originaria correspondan a la persona física que crea la obra. Es cierto, sin embargo, que puede distinguirse entre los conceptos de autor de la obra y titular de la misma, pero tal distinción no es aplicable al caso de autos...».*

«...Ahora bien, conforme nuestra legislación las fotografías figuran entre las obras amparadas por el Artículo 1º de la ley 11.723, en tanto reúnan los requisitos de una obra intelectual (conf. Satanowsky, Isidro, *Derecho Intelectual,* Bs. As. 1954, p. 227, Emery, *op. cit.,* p. 47 y jurisprudencia allí citada)...».

«...Si bien algún fallo, al analizar la protección penal de la propiedad intelectual, ha señalado que "es obra artística toda fotografía que posea valor periodístico, como lo sería cualquier clase de dibujo o grabado, de carácter inédito, más allá de sus méritos intrínsecos" (conf. CNCrim. y Correc., sala III, agosto 24-976, LL, 1976-D, 333), aún en este caso, subsiste la ausencia de legitimación del actor por no revestir éste calidad de "autor" de la fotografía...».

---

103. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M • Moiso, Alejo Augusto c. The Associated Press y otros 15/03/2010 La Ley Online (AR JUR 2010, 6224).

«... En efecto, si bien se trata de quien ideó tanto la realización de la expedición como la toma de la imagen, ello no lo convierte en autor de la obra fotográfica en cuestión pues la ley no protege la idea sino la obra. Tampoco puede invocar calidad de empleador que pagó para que otro realizara una labor, convirtiéndose así en propietario de la obra realizada, pues no se invocó que existiera con quien lo fotografió un contrato de empleo, lo que hace imposible analizar sus límites, que son siempre determinantes de la extensión del derecho de propiedad sobre la obra (conf. Emery, *op. cit.,* pp. 89-90)...».

«...A los fines de la cabal comprensión de la cuestión cabe puntualizar que la ley 11.723 citada tiene base constitucional en lo normado por el Artículo 17 CN, en tanto establece que "todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley" y la ley 11.723 define a la autoría en relación a su concreción material».

«...Por todo lo expuesto, no existiendo autoría –como sostuvo en su sentencia la magistrada de grado– no cabe sino concluir que el actor carece de legitimación para reclamar la protección que consagra el Artículo 1 de la ley 11.723, respecto de la única fotografía que fue publicada por el diario Los Andes y que, posteriormente, fue reproducida por otros medios de prensa...».

3.2.9. Reflexiones

Este fallo plantea un problema más que interesante ¿Quién es el autor de la fotografía para el derecho: la persona que aprieta el botón de la máquina o aquella que decide cuándo y dónde tomar la fotografía, que elige el encuadre y el foco, el manejo de la luz, como armar la escena o la escenografía, etc.? El tribunal en este caso sostuvo no solo que el actor no era autor para la ley por ser él parte de la foto –y por ende no haber apretado el botón de la máquina[104]– sino que fue más allá y afirmó que la persona que aprieta el botón es el autor para la ley, no dejando ningún espacio para el autor intelectual de la fotografía.

De acuerdo entonces con lo decidido por este tribunal, la artista Constantino no sería autora de sus fotografías para la ley. Sí, en cambio, sería autor el macaco que se tomó un autorretrato «selfie»[105] que reproduzco a continuación, pero por el hecho de ser un mono y no un humano se encuentra descalificado para obtener la protección de la propiedad intelectual.

104. Existen máquinas fotográficas que el fotógrafo puede manejar con un botón a distancia para autofotografiarse, en ese caso el fotógrafo sí sería autor para la ley.
105. «Selfie» designación en inglés informal de un autorretrato.



106

Si analizamos la opinión del tribunal a la luz de los conceptos que he ido expresando a lo largo de este trabajo podemos decir que el fallo es desacertado.

Podrá haber casos en los que quien apriete el botón sea el autor de la fotografía, pero no por el hecho físico de apretar el botón sino porque hubo una intención y una mínima elaboración intelectual para determinar qué y cómo fotografiar.

Dijimos en algún punto que el autor para ser tal tiene que contribuir algo, y ese algo no es un esfuerzo físico, es algo intelectual. Estamos hablando de la protección de la propiedad intelectual. «Intelectual» significa perteneciente o relativo al entendimiento, espiritual, incorporal. A lo largo de la ley no utiliza la palabra intelectual, pero está en su título. En el Convenio de Berna –parte de nuestro sistema legal como ya vimos– en relación a las compilaciones de datos se establece que «*las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que*

106. Ver: *http://www.enter.co/cultura-digital/el-popurri/un-macaco-roba-una-camara-digital-y-se-fotografia-a-si-mismo/.*

por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales».

Para el derecho de autor no basta que alguien recopile datos para obtener una protección, tiene que haber una labor intelectual del autor en la selección, armado, etc., o sea que la ley pide siempre algo del autor más allá del esfuerzo físico que la realización de una obra pueda requerir. El autor para ser tal tiene que haber hecho un esfuerzo, pero no simplemente haber apretado un botón.

NOTA: El uso de las fotografías de obras artísticas que se reproducen en este trabajo se ha hecho conforme los usos honrados legislados en **a)** el Artículo 10 del Convenio de Berna, que establece la «*Libre utilización de obras en algunos casos... «1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga...*». 3) Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente; y en **b)** el Artículo 10 de La ley 11.723/1933 en tanto dispone «*Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto».*

Arte, obras y derechos de autor. Reflexiones en torno al arte y a su eventual protección por derechos de autor con especial referencia a las obras plásticas

CLARA RUIPÉREZ DE AZCÁRATE
Abogada

SUMARIO: ABREVIATURAS Y SIGLAS. 1. INTRODUCCIÓN. 2. OBRAS DE ARTE Y DERECHOS DE AUTOR. *2.1. El contenido. 2.2. El objeto: la obra. 2.3. Obras de arte y obras protegidas por derechos de autor.* 3. IDEAS, OBRAS DE ARTE Y DERECHOS DE AUTOR. *3.1. Ideas y orígenes creativos. 3.2. Derechos de autor e ideas. 3.3. La difícil dicotomía idea-expresión.* 4. EL MARGEN DE LIBERTAD CREATIVA Y LAS OBRAS MENORES. *4.1. El margen de libertad creativa. 4.2. Las obras menores.* 5. CUESTIONES INTRASCENDENTES EN LA DETERMINACIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS. *5.1. Cuestiones relacionadas con la obra. 5.2. Cuestiones relacionadas con el autor. 5.3. Cuestiones relacionadas con factores externos.* 6. COMPETENCIA PARA LA CATALOGACIÓN DEL ARTE COMO OBRA PROTEGIDA. *6.1. Los autores. 6.2. El público. 6.3. Los peritos. 6.4. Los jueces y tribunales.* 7. CONCLUSIONES. 8. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

§	Parágrafo
Abs.	*Absatz*
BGH	*Bundesgerichtshof (DE)*
Ed.	Editorial
GRUR	*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*
GRUR Int.	*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*
GRUR-RR	*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs– Report*
LG	*Landgericht (DE)*
LPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual
m.	masculino
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*
OGH	*Oberste Gerichtshof (AT)*
OLG	*Oberlandesgericht (DE)*

Proc.	Procedimiento
RD	Real Decreto
Rec.	Recurso
Rn	*Randnummer*
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJMerc	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SJPenal	Sentencia del Juzgado de lo Penal
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
URG	*Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 (CH)*
UrhG	*Urheberrechtsgesetz vom 9.September 1965 (DE)*
ZUM	*Zeitschrift für Urheber– und Medienrecht*
ZUM-RD	*Zeitschrift für Urheber– und Medienrecht, Rechtsprechungsdienst*

1. INTRODUCCIÓN

Dice la Real Academia Española que el arte es la «manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros»[1]. Arte es, por tanto, cualquier manifestación que lleva a cabo una persona física para exteriorizar una forma personal de ver el mundo pero, ¿recibe protección por derechos de autor cualquiera de estas manifestaciones? O dicho con otras palabras, ¿protege la propiedad intelectual todas las obras de arte?, ¿coincide el concepto de obra de arte con la definición de obra protegida por derechos de autor?, ¿qué importancia tiene caer o no dentro del amparo de la propiedad intelectual?, y ¿quién está legitimado, en última instancia, para decidir o influir sobre esta decisión?

Con estas preguntas iniciamos un breve estudio, que invita a la reflexión sobre la convivencia, no siempre armónica, entre el arte y los derechos de autor, tomando como referencia conocidos ejemplos de obras plásticas.

Partiendo de las anteriores premisas, la presente monografía se estructura de la siguiente forma:

(i) En primer lugar, en el capítulo «Obras de arte y derechos de autor», se analiza el contenido del derecho de autor y el objeto protegido por la propiedad intelectual, detallando cada uno de los requisitos que debe cumplir una creación para caer dentro de su ámbito de protección y reflexionando sobre determinadas

1. *http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=tMEhYK41MDXX2KKKu3PW* (Última fecha de acceso: 30 de octubre de 2014).

creaciones plásticas, consideradas obras de arte, pero de difícil incorporación en el terreno de lo protegido.

(ii) En segundo lugar, bajo el rótulo «Ideas, obras de arte y derechos de autor», se propone una reflexión en torno al siempre complicado trazado de la frontera entre el mundo de las ideas y el mundo de las obras protegidas.

(iii) En tercer lugar, se analiza el margen de libertad creativa, necesario para la elaboración de creaciones susceptibles de protección por derechos de autor y el caso de las obras menores, instaladas en la frontera entre lo protegible y aquello que está exento de amparo.

(iv) Siguiendo el análisis de los requisitos que una obra de arte debe tener para poder incardinarse en el derecho de autor, se exponen una serie de cuestiones que resultan intrascendentes en la decisión sobre la existencia de tal protección.

(v) Una vez determinados los elementos definitorios de una obra, el tipo de protección que puede alcanzar, así como los factores que deben pasar inadvertidos en su calificación, se realiza una reflexión sobre quién es en la práctica el que decide catalogar una obra de arte como obra protegida por derechos de autor.

(vi) Por último, como colofón a la presente monografía, se cierra el estudio con unas breves conclusiones derivadas del análisis realizado en los capítulos precedentes.

2. OBRAS DE ARTE Y DERECHOS DE AUTOR

2.1. EL CONTENIDO

Los derechos de autor aparecen regulados en nuestro país por la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, «Ley» o «LPI»).

Tal y como señala la Ley en sus dos primeros artículos, la propiedad intelectual «corresponde al autor por el solo hecho de su creación» (artículo 1) y «está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.» (artículo 2).

De esta forma, de inicio quedan señaladas varias premisas de las cuales partimos en nuestro análisis:

(i) En primer lugar, **una obra de arte, si es protegida por derechos de autor, gozará de dicha protección desde el momento de su creación,** sin necesidad de

llevar a cabo ninguna otra formalidad (p.e. inscripción registral, tal y como ocurre con otros derechos como las marcas[2] o las patentes[3]).

(ii) En segundo lugar, la protección por propiedad intelectual atribuirá al creador de la obra la **plena disposición y el derecho exclusivo a su explotación.** Se está hablando de un monopolio de explotación por parte del autor que, sin necesidad de llevar a cabo ninguna actividad más allá que la de creación de una obra, tendrá derecho a decidir el quién, el cómo y el cuándo de la explotación de la obra, sin más trabas que las expresamente reguladas como tales por imperativo legal.

Tal y como señala la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 17 de noviembre de 2004's[4]: «(...) bajo la denominación de propiedad intelectual se agrupa el conjunto de derechos que la Ley reconoce al autor sobre la obra producto de su inteligencia, que se caracteriza por ser un derecho subjetivo, absoluto, aunque temporalmente limitado, y exclusivo (...)».

(i) Por último, tal y como señala el citado artículo 2 de la Ley, el autor será **titular de derechos patrimoniales y derechos morales** sobre su creación.

Los **derechos patrimoniales,** como su nombre indica, se refieren a la patrimonialidad de la obra, a su explotación en el tráfico mercantil y aparecen referenciados en el artículo 17 LPI. Al contrario del catálogo de derechos morales, la enumeración de derechos patrimoniales que ofrece la Ley es meramente ejemplificativo y, en ningún caso debe interpretarse como un listado cerrado de derechos[5].

En efecto, el artículo 17 de la LPI dice expresamente lo siguiente: «Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley».

Por su parte, los **derechos morales** aparecen enumerados exhaustivamente en el artículo 14 de la Ley:

---

2. Artículo 2.1. de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas: «El derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley».
3. Artículo 1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes: «Para la protección de las invenciones industriales se concederán de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, los siguientes títulos de propiedad industrial: a) Patentes de invención, y b) Certificados de protección de modelos de utilidad».
4. SAP de Madrid 793/2004, de 17 de noviembre.
5. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Manual de propiedad intelectual*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, p. 53; Rodríguez Tapia, J. M./Bondía Román, F.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Civitas. Madrid, 1997, p. 57; Bondía Román, F.: *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*. Ed. Trivium. Madrid, 1988, p. 194; Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Tecnos. Madrid, 2007, p. 151.

«1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.

2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.

3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.

4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

6. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

   Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

7. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda».

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que el hecho de que una obra de arte sea capaz o no de generar derechos de autor no es cuestión baladí.

De hecho, no son infrecuentes las luchas, en ocasiones incesantes, que mantienen diversos colectivos, con mayor o menor éxito, por aparecer reconocidos como autores de las obras en las que participan. Ejemplo paradigmático de esta situación la encontramos en el caso de los fotógrafos, que en su día lucharon porque la obra fotográfica se reconociera como obra susceptible de protección al mismo nivel que la pintura o la escultura[6] o los directores de fotografía que mantienen su particular pelea por ser reconocidos como autores de las obras cinematográficas en las que participan[7], habiendo conseguido únicamente hasta la fecha ser reconocidos como tales a efectos de la obtención del certificado de nacionali-

6. No obstante la situación a nivel internacional y europeo, la protección de las obras fotográficas fue tempranamente reconocida en el Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprobaba el Reglamento de ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879.

7. Actualmente la LPI sólo reconoce como autores de la obra cinematográfica al director, al guionista y al compositor de la música, siempre y cuando ésta haya sido expresamente compuesta para la película (artículo 87).

dad española de las obras audiovisuales, en el artículo 5.1. de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre del Cine[8].

2.2. EL OBJETO: LA OBRA

El derecho de autor protege obras, pero tal y como coinciden en afirmar doctrina y jurisprudencia en nuestro país, **no todo aquello que se considera obra en el lenguaje común debe necesariamente serlo a los efectos de la Ley**[9].

Para poder entender qué debemos entender por obra, en el sentido de creación protegida por derechos de autor, debemos acercarnos al texto de la Ley que en su artículo 10.1 señala expresamente: «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro».

De esta forma, podemos deducir que para que una obra sea considerada, como tal, a los efectos de gozar de la protección que ofrece la Ley, esto es, ser generadora de los derechos morales y de explotación a favor del autor a los que hacíamos referencia en el apartado inmediatamente anterior al presente, debe cumplir con una serie de requisitos:

---

8. Artículo 5.1. *«Tendrán la nacionalidad española las obras realizadas por una empresa de producción española, o de otro Estado miembro de la Unión Europea establecida en España, a las que sea expedido por órgano competente certificado de nacionalidad española, previo reconocimiento de que cumplen los siguientes requisitos: a) Que el elenco de autores de las obras cinematográficas y audiovisuales, entendiendo por tales el director, el guionista, el director de fotografía y el compositor de la música, esté formado, al menos en un 75 por 100, por personas con nacionalidad española o de cualesquiera de los otros Estados miembros de la Unión Europea, de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o que posean tarjeta o autorización de residencia en vigor en España o en cualesquiera de dichos Estados».*

9. SJMerc de Bilbao nº 1, de 23 de noviembre de 2007: «*Ahora bien,* ***no toda obra que en el sentir común pueda merecer la consideración de obra literaria, artística o científica se halla comprendida en el ámbito de protección de la Ley de Propiedad Intelectual,*** *sino únicamente aquellas que supongan una creación original, pues el artículo 10 dispone que "son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro"».*
SJMerc de Madrid (rec. 12/2004), de 9 de junio de 2005: *«(...) Pues bien, considerando que, a tenor del art. 1 LPI "... La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación..." y que según su art. 10 "...Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...",* ***lo que se impone analizar en el supuesto objeto de examen es si una simple noción intelectual como la indicada*** *(«... parejas que se metían en una casa y edificación de una casa que luego le tocaría a alguno...»)* ***reúne o no las dos condiciones exigibles para poder ser objeto de protección: 1.-Ser verdaderamente una «obra»*** *en sentido propio,* ***y 2.-En caso afirmativo, gozar la obra de suficiente grado de "originalidad".***

(i) En primer lugar, debe tratarse de una **creación,** es decir, debe ser el resultado de una actividad humana[10]. La Ley no protege, con independencia del valor que pueda llegar a adquirir en el tráfico comercial, las creaciones llevadas a cabo por animales o por máquinas[11]. Cuestión distinta es, por supuesto, que las máquinas o los animales hayan sido utilizados por un ser humano (autor) como instrumentos para la creación (p.e. música electrónica)[12].

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes al reconocer que «el término creaciones hace alusión a la intervención humana»[13] y lo relevante es, por tanto, que la obra haya sido creada por un ser humano[14], que sea fruto de cierta actividad de reflexión y decisión[15].

En relación, en concreto, con las obras plásticas, reproducimos las palabras de Rogel Vide por ilustrativas de la cuestión: «Todas las obras plásticas, en fin, de los hombres se protegen por la vía del Derecho de autor. No sucede ello, en cambio, con las obras de la naturaleza o las obras hechas por animales o pretendidamente hechas por máquinas, todas ellas excluidas de las genuinas obras plásticas (...)»[16].

Este requisito, igual que el resto de elementos configuradores del concepto de obra protegida por derechos de autor, tal y como tendremos ocasión de analizar, no es exclusivo de nuestro ordenamiento. Así, el § 2 Abs. 2 de la ley de derechos de autor alemana, *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz,* UrhG) señala expresamente que, para gozar de protección, debe tratarse de una creación personal (*Persönliche Schöpfung*)[17] y la ley suiza de de-

---

10. Rodríguez Tapia, J. M./Bondía Román, F.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Civitas. Madrid, 1997, p. 55.
SJPI Sevilla 349/2003, de 26 de septiembre.
11. García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 84; Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Manual de Propiedad Intelectual*. Ed. Tecnos. Madrid, 2007, p. 54; Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Tecnos. Madrid, 2007, p. 153.
12. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Manual de propiedad intelectual*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, p. 54; Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Tecnos. Madrid, 2007, p. 153. Wandtke/Bullinger § 2 UrhG Rn. 16; Knöbl, H. P.: *Die «kleine Münze» im System des Immaterialgüter-und Wettbewerbsrechts – Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*. Verlag Dr. Kovac. Hamburg, 2002, p. 47; Nordemann, A.: *Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 2002, p. 71.
13. SAP de Barcelona nº 15 (rec. 103/2001), de 28 de mayo de 2003.
14. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Tecnos. Madrid, 2007, p. 152.; Bettinger, T.: *Der Werkbegriff im spanischen und deutschen Urheberrecht – eine rechtsvergleichende Untersuchung*. CH Beck. München, 2001, pp. 44 y ss.
15. García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 75.
16. Rogel Vide, C.: «Las obras plásticas: definición y catálogo general» en *Estudios completos de propiedad intelectual*. Volumen Tercero. Ed. Reus. Madrid, 2009, p. 70.
17. Schack, H.: *Urheber– und Urhebervertragsrecht*. *Mohr Siebeck*. Tübingen, 2005, pp. 81 y ss.; Götting, H. P.: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Prüfe dein Wissen: Rechtsfälle in Frage und Antwort*. C.H. Beck. München, 2005, p. 213. Se habla de la exigencia de que se

rechos de autor, *Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* de 9 de octubre de 1992 (*Urheberrechtsgesetz,* URG), en su artículo 2, señala también que debemos encontrarnos ante una creación personal de un autor (*Geistige Schöpfung)*[18].

(ii) En segundo lugar, debe tratarse de una creación **expresada.** La propiedad intelectual no protege ideas ni pensamientos, sino su expresión concreta en un medio perceptible por los sentidos[19]. Expresión que no equivale a fijación puesto que una creación se protege desde el momento que se exteriorice, con independencia de la forma de expresión o el hecho de que haya sido o no fijada (p.e. una coreografía improvisada en un momento determinado puede ser protegida por derechos de autor con independencia de que no sea fijada en ningún soporte que permita ser disfrutada con posterioridad al momento concreto en el que tuvo lugar la improvisación)[20].

Requisito de la expresión que, tal y como adelantábamos en líneas anteriores, no es exclusivo de nuestro derecho y así, la ya mencionada UrhG alemana habla de *Wahrnehmbare Formgestaltung* para referirse a este condicionante[21].

---

trate de una «*persönliche geistige Schöpfung*». Dreier / Schulze § 2 UrhG Rn. 6; Wandtke/Bullinger § 2 UrhG Rn. 5; Knöbl, H. P.: *Die «kleine Münze» im System des Immaterialgüter– und Wettbewerbsrechts – Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts.* Verlag Dr. Kovac. Hamburg, 2002, pp. 47 y ss.; Fuchs, U.: *Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung.* CH Beck. München, 1996, pp. 65 ss; Handig, C.: «Was ist eine geistige Schöpfung des Urhebers´? Ein auslegungsbedürftiger Werkbegriff des europäischen Urheberrechts», en *UFITA Band* 2009/I, p. 58; Schack, H.: *Urheber– und Urhebervertragsrecht.* Mohr Siebeck. Tübingen, 2005, pp. 82 y ss.

18. Csoport, D.: *Rechtsschutz für Kunstschaffende im schweizerischen und internationalen Urheberrecht.* Dike Verlag. Zürich, 2008, pp. 5-8.
19. Bettinger, T.: *Der Werkbegriff im spanischen und deutschen Urheberrecht – eine rechtsvergleichende Untersuchung.* CH Beck. München, 2001, p. 40; Bondía Román, F.: *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*. Ed. Trivium. Madrid, 1988, p. 191; Baylos Corroza, H.: *Tratado de Derecho Industrial– Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desle*al. Ed. Civitas. Madrid, 1993, p. 534.
20. Rodríguez Tapia, J. M./Bondía Román, F.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.* Ed. Civitas. Madrid, 1997, p. 57.
21. Schack, H.: *Urheber– und Urhebervertragsrecht. Mohr Siebeck*. Tübingen, 2005, pp. 81 y ss.; Götting, H. P.: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Prüfe dein Wissen: Rechtsfälle in Frage und Antwort.* C.H. Beck. München, 2005, p. 213. Se habla de la exigencia de que se trate de una «*persönliche geistige Schöpfung*». Dreier / Schulze § 2 UrhG Rn. 6; Wandtke / Bullinger § 2 UrhG Rn. 5; Knöbl, H.P.: *Die «kleine Münze» im System des Immaterialgüter– und Wettbewerbsrechts – Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts.* Verlag Dr. Kovac. Hamburg, 2002, pp. 47 ss.; Fuchs, U.: *Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung.* CH Beck. München, 1996, pp. 65 ss; Handig, C.: «Was ist eine geistige Schöpfung des Urhebers´? Ein auslegungsbedürftiger Werkbegriff des europäischen Urheberrechts», en *UFITA Band* 2009/I, p. 58; Schack, H.: *Urheber– und Urhebervertragsrecht.* Mohr Siebeck. Tübingen, 2005, pp. 82 y ss.

(iii) En tercer lugar, la creación, además de estar expresada, debe ser **original** o «individual» (*«Individualität»)* tal y como señalan legislaciones de países nuestro entorno como Alemania[22] o Suiza[23].

Se trata del requisito más controvertido y difícil de determinar de todos los que componen las obras protegidas en la práctica. Es un concepto jurídico indeterminado cuyos contornos definitorios no resultan en absoluto pacíficos en su delimitación.

Brevemente dejamos aquí señalado que en nuestro país es tradicional la discusión entre dos concepciones o interpretaciones de la originalidad, la objetiva y la subjetiva[24].

22. Schack, H.: *Urheber– und Urhebervertragsrecht. Mohr Siebeck*. Tübingen, 2005, pp. 81 y ss.; Götting, H. P.: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Prüfe dein Wissen: Rechtsfälle in Frage und Antwort.* C.H. Beck. München, 2005, p. 213. Se habla de la exigencia de que se trate de una «*persönliche geistige Schöpfung*». Dreier / Schulze § 2 UrhG Rn. 6; Wandtke / Bullinger § 2 UrhG Rn. 5; Knöbl, H. P.: *Die «kleine Münze» im System des Immaterialgüter– und Wettbewerbsrechts – Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts.* Verlag Dr. Kovac. Hamburg, 2002, pp. 47 y ss.; Fuchs, U.: *Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung.* CH Beck. München, 1996, pp. 65 ss; Handig, C.: «Was ist eine geistige Schöpfung des Urhebers? Ein auslegungsbedürftiger Werkbegriff des europäischen Urheberrechts», en *UFITA Band* 2009/I, p. 58; Schack, H.: *Urheber– und Urhebervertragsrecht.* Mohr Siebeck. Tübingen, 2005, pp. 82 y ss.

23. Csoport, D.: *Rechtsschutz für Kunstschaffende im schweizerischen und internationalen Urheberrecht.* Dike Verlag. Zürich, 2008, pp. 5-8.

24. SAP de Guipúzcoa 2290/2007, de 28 de septiembre: «*El requisito de «originalidad» que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual ha sido* ***entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo objetivo.*** *En sentido subjetivo de entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor y desde el punto de vista objetivo que considera la «originalidad» como «novedad objetiva» cuando puede afirmarse que nos encontramos antes una creación original».*

SAP de A Coruña, de 21 de febrero de 2006: «*(...)la nota de originalidad, que es exigida para que una obra pueda obtener la protección que brinda la Ley de Propiedad Intelectual, fundamentación que este Tribunal comparte, pues como indica la doctrina ha de* ***ser entendida en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo, entendiéndose por el primero que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, y por el segundo como que suponga novedad objetiva;*** *para que pueda ser objeto de protección, en cuanto que su finalidad es que la obra sea hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre. Esto es, la propiedad intelectual para tener protección ha de tratarse de obras ciertamente originales por ser producto de la creación humana, originalidad que ha sido resaltada en la STS 26-10-1992, que señala que la protección referida nace desde el momento de la creación de la obra sin necesidad de ningún otro requisito y desde ese momento se reconoce al autor, de ahí la necesidad de que la obra se manifieste o exteriorice a través de un soporte, material o inmaterial, adecuado a la naturaleza de la obra, y por ello la obra literaria, artística o científica objeto de protección es una obra individualizada, la creada por el autor y no los posteriores ejemplares o reproducciones realizadas por aquél o por sus causahabientes en uso del derecho de explotación, de ahí que se exija que concurran las características que la definan como una «creación original».*

Los partidarios de la **originalidad objetiva** defienden la cercanía con el concepto de novedad. Una creación es original cuando es nueva[25].

Por su parte, los defensores de la **originalidad subjetiva,** entre los que nos encontramos, argumentan que una obra es original cuando lleva impregnado algo de la personalidad de su creador, convirtiéndose en la plasmación de la individualidad de su autor[26].

(iv) Por último, señala la Ley que debe tratarse de una creación **incluida dentro del campo literario, artístico o científico.** Criterio que es en ocasiones obviado por nuestros tribunales y respecto del cual la doctrina ha llegado a manifestar que «no cabe excluir la consideración de tal a una obra por no pertenecer a uno de esos campos»[27].

Es evidente que se trata de un requisito que requiere una interpretación amplia y flexible, puesto que no debería dejarnos entrar en el absurdo de no dar protección a creaciones por no englobarse, en sentido estricto, en ninguno de los tres campos citados.

Sea como fuere, lo que sí es claro es que su inclusión como requisito para dar protección a las creaciones intelectuales en nuestro ordenamiento jurídico es una herencia de la normativa internacional. Así, el Convenio de Berna hace referencia a estos tipos de creaciones y aunque, en principio habla solo de obras «literarias y artísticas» (artículo 1), introduce el tercer grupo de obras, las científicas en su artículo 2 al señalar que «Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el **campo literario, científico y artístico,** cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias».

2.3. OBRAS DE ARTE Y OBRAS PROTEGIDAS POR DERECHOS DE AUTOR

Una conocida sentencia, en relación con la protección del puente diseñado por Calatrava en Bilbao, señalaba que no se puede ignorar «la relevancia cons-

25. Álvarez de Benito, P.: *Obligaciones del autor en el contrato de edición*. Ed. Reus. Madrid, 2003, p. 258.
26. Ruipérez de Azcárate, Clara, *Las obras del espíritu y su originalidad*. Ed. Reus. Madrid, 2012, pp. 33 y ss.
27. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Manual de propiedad intelectual*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, pp. 53-54.

titucional del derecho de autor», ya que «hablar de derecho de autor es hablar de cultura, y cualquier sociedad que quiera preservarla habrá de disponer un régimen protector de la actividad creativa»[28].

En efecto, **el derecho de autor es esencial para la conservación, el desarrollo y la difusión del arte y, sobre todo, para la protección de sus creadores.** Tal y como hemos analizado, gozar de derechos de autor es disfrutar del derecho exclusivo a explotar y controlar las formas en las que la obra va a circular en el tráfico. Por esta razón, el legislador pone una serie de requisitos que dibujan la frontera entre las meras creaciones artísticas y las obras protegidas por derechos de autor.

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual no habla de obras de arte como objeto protegido por derechos de autor, pero sí las menciona en su artículo 20.1h, en relación con la comunicación pública, cuando señala que una modalidad de dicho derecho lo componen «la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones».

Parece, por tanto, que el legislador entiende a la perfección que **no es lo mismo obras protegidas que obras de arte, teniendo que cumplir estas últimas los requisitos que recoge la Ley para poder formar parte de las primeras** (creación, expresada, original e incluida dentro del campo literario, artístico o científico).

Sobre la irrelevancia, a efectos de protección de una obra, del hecho o la circunstancia de que ésta sea o no reconocida en el lenguaje común como una obra de arte, resultan expresivas las palabras del Juzgado de lo Mercantil de Madrid que, en relación con una posible protección de una fotografías, señala expresamente[29]: «No todas las obras fotográficas son obras de arte ni, como es evidente, todas las obras musicales lo son y por ello no pierden su consideración de creación artística original, refiriéndose a ellas la doctrina como obras menores e incluso la doctrina alemana con tono despectivo pero muy gráfico emplea el término calderilla» y añade «En todo caso, como indica la más autorizada doctrina la «**obra de arte**» **no se halla mencionada con ese nombre entre las obras protegidas o que pueden ser objeto de protección intelectual en el artículo 10.1 del TRLPI, consistiendo aquélla en una expresión cultural acuñada por la historia, pero no legal en la Ley de 1987 y en TRLPI, que parten del principio de protección de obras originales con independencia de su mérito artístico**».

En sentido similar, nos encontramos la sentencia de 26 de septiembre de 2003 del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Sevilla en la que se analiza la creación de un espectáculo de danza inspirado en una novela y se indica lo siguiente[30]: «Ahora bien, no toda obra que en el sentir común pueda merecer la consideración de obra literaria, artística o científica se halla comprendida en el ámbito de protección de la Ley de Propiedad Intelectual, sino únicamente aque-

28. SJMerc de Bilbao nº 1, de 23 de noviembre de 2007.
29. SJMerc de Madrid nº 5 80/2005, de 27 de septiembre.
30. SJPI de Sevilla nº 13 (rec. 1351/2002), de 26 de septiembre de 2003.

llas que supongan una creación original, pues el artículo 10 dispone que «son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro».

En relación con la indiferencia en la decisión sobre la protección o no de una obra de arte, se encuentra el hecho de que dicha obra haya adquirido la calificación como tal en los círculos más especializados o el hecho de que haya alcanzado un elevado valor en el mercado[31].

A este respecto, podemos traer a colación una tradicional controversia, muy desarrollada por la doctrina germana, y de gran relevancia en el ámbito de las obras plásticas. Nos referimos a la Teoría de la Presentación (*Präsentationslehre)* desarrollada por Max Kummer[32] e intensamente criticada por la doctrina europea[33], que defiende el reconocimiento del carácter de obra protegida por la simple elección y presentación de un elemento, ya existente en el universo, como obra de arte por su autor.

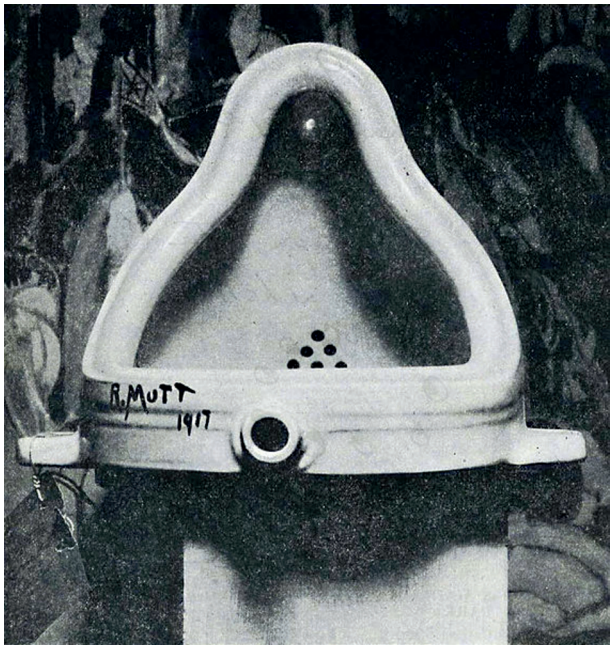
En aplicación de la citada Teoría de la Presentación podría llegar a considerarse protegida por el derecho de autor la obra de la naturaleza si ésta es elegida y presentada como obra de arte[34]. Desde nuestro punto de vista, tal y como hemos podido desarrollar al comienzo del presente capítulo, un elemento de la naturaleza que es usado como herramienta para la creación, es decir, que es utilizado o modificado por el autor para crear su obra, es susceptible de protección pero no lo es dicho elemento en sí mismo considerado[35].

Para entender la gran importancia práctica que tiene la aceptación o no de la mencionada Teoría doctrinal de la Presentación en la relación obras de arte-obra protegida por derechos de autor, podemos traer a colación el movimiento artístico conocido como *Ready Made* o movimiento del «objeto encontrado» *(objet trouvé),* consistente en la elección de elementos ya existentes en la naturaleza o en el mundo que son presentados como obras de arte.

Dicho movimiento tiene su origen en Marcel Duchamp (1887-1968) cuando, en 1913 decide colocar una rueda de bicicleta sobre un taburete de cocina y se habla del nacimiento de una escultura móvil creada a partir de «objetos encontrados». A pesar de que la protección de una «escultura» de dichas características

31. Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 216.
32. Kummer, M.: *Das urheberrechtlich schützbare Werk*. Stämpfli-Verlag. Bern, 1968, pp. 100 y ss.
33. Dreier/Schulze § 2 UrhG Rn. 9; Knöbl, H. P.: *Die «kleine Münze» im System des Immaterialgüter– und Wettbewerbsrechts – Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*. Verlag Dr. Kovac. Hamburg, 2002, pp. 48-49.
34. Girth, P.: *Individualität und Zufall im Urheberrecht*. J. Schweitzer Verlag. Berlín, 1974, p. 26.
35. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Manual de propiedad intelectual*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, pp. 54-55.

es de hecho susceptible de plantear serias dudas, esta problemática se intensifica con su transgresora «Fuente».



"Fountain" (1917, Marcel Duchamp.
Fotografía: Alfred Stieglitz[36].

La «Fuente» de Duchamp provocó un giro radical en la historia del arte, puesto que el autor pasó de crear la obra con sus propias manos a elegir objetos ya existentes en el mundo y presentarlos en exposiciones y museos bajo algún título[37].

La «Fuente» tuvo su presentación inicial en la primera exposición de la «Sociedad de Artistas Independientes» en 1917 pero sus organizadores la rechazaron por entenderla como una mera provocación. El movimiento dadaísta aprovechó esta circunstancia para resaltar lo vanguardista de la obra, explicando el sentido que Duchamp había dado a la presentación de ese urinario como una obra de arte.

En autorizadas palabras de Azcárate Ristori, miembro de la Academia de Bellas Artes de San Fernando: «El urinario se presentaba intacto, pero al girarlo cuarenta y cinco grados, y al darle un título, adquiría valores absolutamente ines-

36. Fuente: *http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Duchamp_Fountaine.jpg* (Fecha de último acceso: 30 de octubre de 2014).
37. Azcárate Ristori, J. M./ Pérez Sánchez, A. E. / Ramírez, J. A.: *Historia del Arte.* Ed. Anaya. Madrid, 2000, p. 572.

perados. Veían en él una limpia belleza (se le ha comparado con algunas esculturas de Brancusi), además de curiosas alusiones figurativas («como un Buda o una Madonna», decían en un artículo). Pero también era un objeto conectado con la temática amorosa del *Gran vidrio*. Todo el mundo admite hoy que esta *Fuente* fue uno de los gestos más radicales de la historia del arte universal. Nada, después de ella, volvió a ser igual»[38].

En nuestra opinión, tal y como expresa acertadamente Rau, el problema de estos *ready-mades* radica en que la creación del autor se agota con la mera presentación[39]. Es decir, con independencia de la importancia y el valor artístico reconocido en el mundo del arte a este tipo creaciones, a nuestro entender, y siendo conscientes de las repercusiones prácticas de tal afirmación, obras de arte como «Fuente» de Duchamp no son generadoras de derechos de autor.

Un caso similar al anterior lo encontramos en los artistas que se presentan a sí mismos como obras de arte, siendo objeto de exposición en galerías y museos. Un ejemplo de este movimiento lo encontramos en el controvertido Timm Ulrichs y su «*Selbstausstellung*» (1961), consistente en el posicionamiento de una urna transparente en la que el propio creador se introducía presentándose a sí mismo como una obra de arte.

38. Azcárate Ristori, J. M./ Pérez Sánchez, A. E. / Ramírez, J. A.: *Historia del Arte*. Ed. Anaya. Madrid, 2000, pp. 571-572.
39. Rau, G.: *Antikunst und Urheberrecht*. J. Schweitzer Verlag. Berlin, 1978, p. 14.



"Selbstausstellung" (1961), Timm Ulrichs.
Fotografía: Timm Ulrichs[40].

Otro caso similar, cuyo debate sobre su susceptibilidad a ser protegido por derechos de autor se produjo incluso en sede jurisprudencial en Alemania, es el de «Eva & Adele», una pareja que, siempre con la misma estética pomposa y llamativa, acostumbraban a dejarse ver en exposiciones, galerías y museos, autodefiniéndose como obras de arte y bajo el lema «Wherever we are, is museum» («allí donde estemos, es museo»)[41].

40. Fuente: *http://www.medienkunstnetz.de/werke/selbstausstellung/* (Fecha de último acceso: 30 de octubre de 2014).
41. Eva & Adele son consideradas «iconos del arte moderno». Raue, P.: «EVA & ADELE – der Mensch als "Werk" im Sinne des Urheberrechtes», en *GRUR 2000,* pp. 951-952.



"Wherever we are is museum" (2013), Eva & Adele
Fotografía: CUM-PHOTO[42]

El tribunal de primera instancia de Hamburgo, en sentencia de 18 de agosto de 1998[43], reconoció su susceptibilidad de protección por el derecho de autor, pero esta opinión fue rechazada en una instancia superior por el *Landesgericht* de esa misma ciudad[44].

Conviene dejar apuntado que a pesar del impacto que tuvo en su día la mencionada Teoría de la Presentación de Kummer, la sensación es que poco a poco la doctrina se decanta por la no aplicación de la misma[45], es decir, por la protección por derechos de autor de aquellas obras que cumplen con los requisitos que menciona la Ley y no las creaciones que, al margen de dichos requisitos, son presentadas como obras de arte y/o consideradas como tales por los sectores especializados.

42. Fuente: *http://www.evaadele.com/views.html* (Fecha de último acceso: 30 de octubre de 2014).
43. AG Hamburg *ZUM* 1998, 1047-*Eva und Adele.*
44. LG Hamburg *ZUM* 1999, 658-*Eva und Adele.*
45. Rau, G.: *Antikunst und Urheberrecht.* J. Schweitzer Verlag. Berlin, 1978, p. 21. Csoport, D.: *Rechtsschutz für Kunstschaffende im schweizerischen und internationalen Urheberrecht.* Dike Verlag. Zürich, 2008, p. 5.

3. IDEAS, OBRAS DE ARTE Y DERECHOS DE AUTOR

3.1. IDEAS Y ORÍGENES CREATIVOS

Una obra de arte, protegible o no por derechos de autor, procede de una idea. La idea de crear algo es el estadio más primitivo de la obra y ésta no se constituye como tal hasta que no supera dicho estadio, siendo objeto de expresión.

Dice la Real Academia Española que una idea es el «primero y más obvio de los actos del entendimiento, que se limita al simple conocimiento de algo»[46], es decir, nos encontramos a la más primitiva representación mental de una creación. En este sentido, señala Azcárate Ristori en relación con el origen de las obras de arte y las ideas que las subyacen: «En la mente se tiene la idea que normalmente es sólo un punto de arranque, algo confuso que no se perfila con nitidez. Ha de ser durante la creación de la obra en sus formas físicas concretas, cuando se va perfilando y creando, pues durante la ejecución de la obra al tomar existencia física algunos aspectos nos dan, a su vez, un punto de partida para la concreción definitiva. El artista poseedor de una técnica ha de plantearse en primer lugar la disyuntiva de una selección de materiales, procedimientos técnicos e iniciación de la obra, partiendo de la vaga idea de la obra terminada»[47].

La idea es el origen de la obra de arte pero ésta no se convierte en tal hasta que la idea no es expresada. Expresión que es precisamente la que diferencia una creación de otra y la que plasma la personalidad del autor en ella. Sin expresión no obra, sólo pensamientos[48].

3.2. DERECHOS DE AUTOR E IDEAS

El derecho de autor abraza las expresiones e ignora el mundo de las ideas. Una idea puede ser inspiración o contenido de una obra pero no es eso lo que protege el derecho de autor, sino el modo o la forma en que dichas ideas aparecen expresadas en una obra[49].

---

46. *http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=idea* (última fecha de acceso: 29 de octubre de 2014).
47. Azcárate Ristori, J. M.: *Consideraciones sobre el estilo artístico*. Colegio Mayor Marqués de la Ensenada. Madrid, 1973, pp. 7-8.
48. Nordemann, W.: «Forma e idea en el derecho de autor», en *La protección de las ideas. Jornadas de Estudio de ALAI (Association Litteraire et Artistique Internationale)*. Sitges, 1992, p. 68; Amat Llari, M. E.: «La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España», en *La protección de las ideas. Jornadas de Estudio de ALAI (Association Litteraire et Artistique Internationale)*. Sitges, 1992, p. 107. García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 100.
49. Señala a este respecto y de forma ilustrativa la SJPI de Sevilla nº13 (rec. 1351/2002), de 26 de septiembre de 2003: «*En tercer lugar, la doctrina –véase Álvarez de Benito– es unánime*

La ausencia de protección de las ideas, subyacentes a las obras de arte, a través del derecho de autor, no es exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico[50] y otras legislaciones y tribunales de nuestro entorno comunitario comparten unanimidad en la no inclusión de las ideas dentro del ámbito de protección de la propiedad intelectual[51].

Unanimidad que se extiende, de forma sorprendente y difícil de encontrar en otras materias[52], incluso al entorno anglosajón. Así, encontramos referencias en la doctrina norteamericana[53] donde el legislador regula en la sección 102 del *Copyright Act 17 United States Code* expresamente que «en ningún caso se extenderá la protección otorgada a una obra original a ninguna idea, procedimiento, proceso, sistema, método de operación, concepto, principio o descubrimiento, con independencia de la forma en la que esté descrito, explicado, ilustrado o englobado en la obra»[54].

---

al afirmar y mantener que ***lo que el derecho de autor protege no son las ideas relacionadas con la obra, inspiradoras o contenido de la misma, sino la forma en que las mismas aparecen recogidas en ella,*** *ya que la libertad de utilización de ideas y conocimientos es esencial para el desarrollo social, cultural, económico y científico. Por ello, en la medida en que las mismas son separables de la forma utilizada para su exteriorización, tales ideas y conocimientos carecen de protección jurídica, al menos a través del derecho de autor».*

50. Nordemann, W.: «Forma e idea en el derecho de autor», en *La protección de las ideas. Jornadas de Estudio de ALAI (Association Litteraire et Artistique Internationale).* Sitges, 1992, p. 68; Amat Llari, M. E.: «La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España», en *La protección de las ideas. Jornadas de Estudio de ALAI (Association Litteraire et Artistique Internationale).* Sitges, 1992, p. 107.
51. Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina germana: Schack, H.: *Urheber– und Urhebervertragsrecht.* Mohr Siebeck. Tübingen, 2005, p. 87. Y la jurisprudencia en múltiples sentencias: OLG Frankfurt *GRUR* 1992, 699– *Friedhofsmauer;* BGH *GRUR* 1970, 250– *Hummel III.*
52. García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pp. 146-147. Nordemann, W.: «Forma e idea en el derecho de autor», en *La protección de las ideas. Jornadas de Estudio de ALAI (Association Litteraire et Artistique Internationale).* Sitges, 1992, p. 68; Amat Llari, M. E.: «La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España», en *La protección de las ideas. Jornadas de Estudio de ALAI (Association Litteraire et Artistique Internationale).* Sitges, 1992, p. 107.
53. Stim, R.: *Patent, Copyright* & *Trademark– An Intellectual Property Desk Reference.* Nolo. Berkeley, 2007, p. 250.
54. *Copyright Act. 17 United States Code. Section 102. «Subject matter of copyright: In general»: (a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: (...) (b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.*

Y más aún, a nivel internacional, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, recoge este principio expresamente en su artículo 2[55].

Siendo, por tanto, **indiferente para la propiedad intelectual la idea de la que deriva la obra de arte** que aspira a entrar dentro de su ámbito de protección, sobre lo que el creador tendrá un derecho monopolístico será únicamente sobre la expresión de dicha idea y no sobre ésta en sí. Es decir, que aunque la idea subyacente a la obra de arte resulte ser extraordinariamente singular, su creador no podrá evitar que otros hagan creaciones basadas en ella[56]. **Principio de libre imitabilidad de las ideas** que ha sido ampliamente estudiado y recogido también por nuestros tribunales[57].

Las ideas son libres y, por tanto, ajenas al juicio de la originalidad. Es irrelevante el nivel de individualidad que éstas conlleven porque su falta de originalidad o su intensa existencia no afectará, de ningún modo, al grado de protección que podrá, en su caso, recibir la obra de arte que se derive de ella[58].

---

55. El artículo 2 del Tratado de la OMPI señala expresamente: «La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí».

56. Bondía Román, F.: *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*. Ed. Trivium. Madrid, 1988, p. 191.

57. SAP de Madrid 5/2007, de 11 de enero: «*(...) sí se aprecian ciertas* ***similitudes entre las ideas*** *expuestas en una y otra obra. Aunque tal similitud pudiera considerarse como "imitación", ha de recordarse que* ***el principio general que preside esta materia es la de libre imitabilidad*** *de las prestaciones no protegidas por un derecho de exclusiva, de propiedad industrial o intelectual (y, como se ha expuesto con reiteración, las "ideas" no son objeto de tales derechos)*».

58. SAP de Madrid 182/2009, de 2 de julio: «*Las consideraciones que se hacen en el recurso sobre que las ideas no están protegidas y son de libre circulación cuando están en la mente, pero que una vez que se plasman estructuradamente por escrito ya pasan a ser objeto de la propiedad intelectual no pueden aceptarse. La idea que está en la mente, esto es, la no expresada, ni tiene aptitud para ser protegida por la propiedad intelectual ni necesita de tal protección, ni puede circular libremente.* ***Cuando se plasman de un modo estructurado, sea por escrito o por otro medio de expresión, las ideas que inspiran o se plasman en dicha expresión no pasan a ser objeto protegido por la propiedad intelectual, puesto que lo que constituirá tal objeto protegido será la forma original de la expresión, no la idea ni los datos recogidos en el texto escrito,*** *por más novedosos que estos puedan ser (en este sentido, Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 1125/2003, de 26 noviembre)*».
SAP de Palma de Mallorca 419/2010, de 22 de noviembre.: «***Quedan excluidas del ámbito de la producción de la propiedad intelectual las ideas que se plasman en la obra*** *ni el estilo seguido o creado por el autor*».
SAP de Madrid 5/2007, de 11 de enero: «*Ahora bien, se trata de un texto y de unas ilustraciones bastante estandarizadas, con una función eminentemente práctica, por lo que la altura creativa de dicha obra no puede considerarse elevada. No olvidemos que no nos estamos refiriendo* ***a las ideas, informaciones, "descubrimientos", sistemas expresados en tales obras, que como se ha dicho no son en sí objeto de la propiedad intelectual y de protección por la normativa reguladora de ésta, sino a la forma concreta, textos, gráficos y dibujos, en que son desarrollados en la obra en cuestión.*** *Esta falta de una altura creativa relevante implica que su protección frente a creaciones*

Resulta ilustrativo, para entender la diferencia entre las ideas, anteriores y/o inherentes a una obra y sobre las que rige un principio de libre circulación, y la obra que se genera fruto de la expresión de las mismas, un ejemplo expuesto por la Audiencia Provincial de Madrid en una sentencia de 2 de julio de 2009[59]: «Por poner un ejemplo fácilmente comprensible, lo que es objeto de la propiedad intelectual es la obra «La interpretación de los sueños» de Sigmund Freud (del que están a punto de cumplirse 70 años de su muerte), pero no las ideas que integran el llamado psicoanálisis freudiano, que inspiran la referida obra y se plasman en la misma, que pertenecen al dominio público por más que su creador fuera Sigmund Freud y tales ideas estuvieran dotadas de una gran originalidad y revolucionaran en su día el campo de la psicología y de la psiquiatría».

La justificación a esta limitación en la protección al derecho de autor la encontramos en la necesidad de evitar que una idea sea monopolizada por un particular, abriendo la oportunidad a la manifestación de dicha idea de variadas formas y dando lugar a obras variadas, que gozarán de protecciones simultáneas y concurrentes[60].

Es importante matizar que, cuando se hace referencia a la no protección de las ideas, no nos estamos refiriendo a que las obras de arte, para ser protegidas por derechos de autor, tienen que estar finalizadas. También los estadios previos y más primitivos de una creación pueden ser objeto de protección (p.e. esbozos, bocetos, etc.)[61].

---

parecidas es escasa, puesto que esta protección es directamente proporcional a la importancia de esa altura creativa».

SAP de Barcelona 306/2005, de 23 de junio.: «*El artículo 1º del Texto Refundido de 12 de abril de 1996 por el que se aprobó la Ley de Propiedad Intelectual, afirma que "**la propiedad intelectual...** corresponde al autor por el solo hecho de su creación", lo que se verifica por **la simple trascendencia de la idea al mundo de las formas mediante la plasmación de aquélla en el soporte que le va a dar virtualidad**».*

59. SAP de Madrid 182/2009, de 2 de julio.
60. Sánchez Aristi, R.: «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», en *pe. i. Revista de Propiedad Intelectual,* nº 4. enero-abril de 2000, p. 31.
61. Rogel Vide, C.: «Cuestiones y problemas en torno a la propiedad intelectual», en *Estudios Completos de Propiedad Intelectual.* Volumen Tercero. Ed. Reus. Madrid, 2009, p. 130.

SJMerc de Madrid (proc. 12/2004), de 9 de junio de 2005: «Constituye lugar común dentro del panorama doctrinal aquella concepción con arreglo a la cual **las simples ideas, por no ser susceptibles de apropiación al ser patrimonio de la humanidad, no pueden ser objeto de tutela dentro de la órbita de los derechos de autor, siendo menester, para gozar de dicha protección, que la idea como tal se haya plasmado de forma relativamente estructurada** en algún medio de expresión formal, en nuestro caso la palabra escrita. En tal sentido, señala Espín que la idea es de libre circulación, lo que **se justifica por la utilización que el autor hace de los datos existentes en la sociedad que, después de su propia creación, devuelve a ésta** (Espín Cánovas, Diego. *Los derechos del autor de obras de arte.* Ed. Civitas, S.A, Madrid, 1996, p. 66)».

3.3. LA DIFÍCIL DICOTOMÍA IDEA-EXPRESIÓN

Trazar la línea fronteriza entre aquello que se protege y la mera idea, sobre la que regirá un principio de libre imitabilidad, es una tarea ardua y, por sus implicaciones económicas, de intensos conflictos prácticos[62].

Una de las creaciones que, por su relevancia económica[63], más tratamiento ha recibido dentro de este campo, a caballo entre ideas y creaciones, lo encontramos en el terreno audiovisual y, más concretamente, en el televisivo. Nos estamos refiriendo al tema de los formatos de televisión, que se mueven en terrenos resbaladizos entre las ideas y su expresión y que ha recibido especial atención en sede doctrinal y judicial, no solo en España[64] sino a nivel internacional[65].

Mención especial merecen en este estudio, dedicado a las obras de arte y, especialmente, a las obras de artes plásticas, la problemática que sobre la dicotomía idea-expresión plantean algunas creaciones transgresoras, integrantes de diferentes corrientes del arte contemporáneo. Problemática que, a pesar se su relevancia, prácticamente no ha recibido tratamiento doctrinal en nuestro país.

Traemos a colación varios ejemplos concretos de obras plásticas que invitan a la reflexión:

En primer lugar, podemos referirnos al movimiento artístico del suprematismo, caracterizado por la utilización de figuras geométricas como medio expresivo[66].

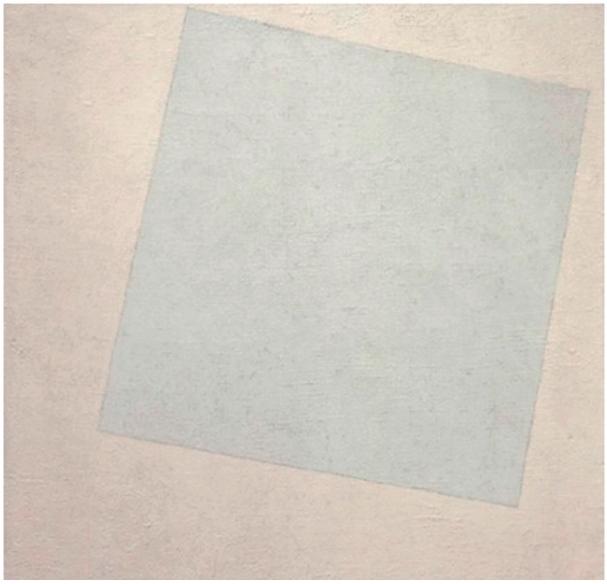
El creador de este movimiento fue Kazimir Malevich (1878-1935), artífice de ciertas creaciones, consideradas obras de arte en círculos especializados, en las que se lleva a tal extremo la simplificación de las formas, que resulta fácil plantearse la problemática en torno a la susceptibilidad de calificar dichas creaciones como obras protegibles por la propiedad intelectual o si, por el contrario, nos encontramos en el terreno de las meras ideas, ajenas a la mencionada protección[67].

---

62. No podemos olvidar que el hecho de que se decida favorablemente sobre la inclusión de una creación como obra protegible por el derecho de autor supone el otorgamiento de un derecho exclusivo sobre dicha obra con validez *erga omnes* y con una protección que abarca toda la vida del autor y 70 años *post mortem*.
63. Al año se invierten billones de euros en la producción de formatos de televisión a nivel internacional. Jensen, P. M.: *Television Format Adaptation in a transnacional perspective*. Aarhus University. Denmark, 2007, p. 12.
64. SAP de Madrid 182/2009, de 2 de julio; SAP de Barcelona (Sección 15ª) 12/2004, de 9 de enero; SJmerc de Madrid, de 18 de junio de 2007; SJMerc de Madrid nº8 49/2011, de 9 de marzo; SAP de Madrid 96/2005, de 17 de febrero. SAP de Madrid (rec. 775/2002), de 14 de noviembre de 2003.
65. BGH *NJW* 2003, 2828, 2830– *Sendeformat;* LG München I *ZUM*-RD 2002 17, 21– *Stoke*.
66. Rau, G.: *Antikunst und Urheberrecht*. J. Schweitzer Verlag. Berlin, 1978, p. 15.
67. Azcárate Ristori, J. M./Pérez Sánchez, A. E./Ramírez, J. A.: *Historia del Arte*. Ed. Anaya. Madrid, 2000, p. 563.

Nos estamos refiriendo a la etapa de Malevich en la que simplifica tanto sus composiciones que llega a creaciones como su famoso «Blanco sobre blanco» («*White on White*») de 1918[68].

Es innegable su valor y catalogación como obra de arte por los círculos especializados pero, e efectos de propiedad intelectual, la pregunta radicaría en torno a la posibilidad de otorgar un derecho monopolístico al creador de un cuadro tan simplista que apenas se separa de una mera idea, la de no dibujar nada.



"Suprematist Composition" (1918), Kazimir Malevich
Fotografía: Museum of Modern Art, New York/SCALA Archives[69]

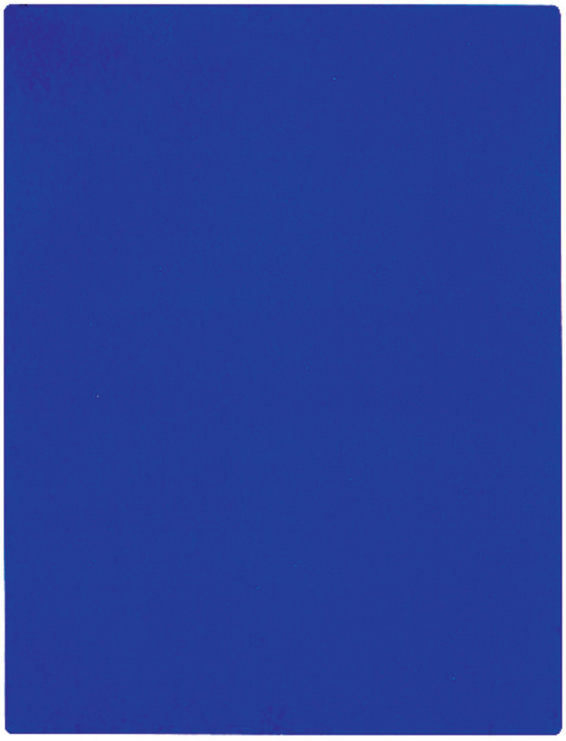
Colindante con el caso anterior, pero dificultando aún más nuestra reflexión, nos encontramos con las pinturas monocromáticas. A este respecto se puede citar, como ejemplo representativo, el caso de Yves Klein (1928-1962)[70].

Yves Klein, autor con prestigio a nivel mundial[71], tiene una reconocida colección de obras monocromáticas, consistentes en cuadros lisos, rectangulares de medidas diferenciadas[72].

68. Hoy integrante de la colección del MoMa de Nueva York. El autor definía su teoría artística como «*the supremacy of pure feeling or perception in the pictorial arts*». *http://www.moma.org/collection/object.php?object_id=80385* (última fecha de acceso: 9 de abril de 2012).
69. Fuente: *http://www.tate.org.uk/context-comment/articles/nothing-works* (Fecha de último acceso: 30 de octubre de 2014).
70. *www.yveskleinarchives.org* (última fecha de acceso: 9 de abril de 2012).
71. Sus obras han formado parte de numerosas exposiciones a nivel internacional: *http://www.yveskleinarchives.org/news/expos_us.html* (última fecha de acceso: 9 de abril de 2012).
72. *http://www.yveskleinarchives.org/works/works4_us.html* (última fecha de acceso: 9 de abril de 2012).

En 1957 el mencionado autor realizó una exposición en Milán, que consistía en presentar, bajo el título de «*Proposte Monochrome, Epoca Blu*», once obras idénticas (78x56cm), posicionadas a 20 centímetros de la pared y pintadas uniformemente de un azul intenso[73], buscando la saturación del espectador, que asimilaba dicha tonalidad en la mente de forma inconsciente[74].

A raíz del éxito cosechado con dicha exposición, Yves KLEIN continuó realizando cuadros consistentes en lienzos de distintos tamaños pintados uniformemente del mencionado color azul intenso y que en la actualidad cuelgan de las más prestigiosas paredes de museos y renombradas galerías de arte. Un ejemplo de estos lienzos es el famoso «IKB 191» (1962).



"IKB 191" (1962), Yves KLEIN
Fotografía: WEITEMEIER[75]

73. Dada la importancia de las obras mencionadas, el color utilizado por Yves KLEIN ha pasado a llamarse «*International Klein Blue*» (IKB).
74. *http://www.yveskleinarchives.org/works/works3_us.html* (última fecha de acceso: 9 de abril de 2012). *http://www.yveskleinarchives.org/documents/bio_us.html* (última fecha de acceso: 9 de abril de 2012). *http://en.wikipedia.org/wiki/Yves_Klein* (última fecha de acceso: 9 de abril de 2012).
75. Fuente: *http://commons.wikimedia.org/wiki/File:IKB_191.jpg* (Fecha de último acceso: 30 de octubre de 2014).

En nuestra opinión, compartida por la doctrina europea que ha analizado la cuestión, las obras monocromáticas de Yves Klein, al margen de su valor en el mercado del arte, no parecen merecedoras de la protección ofrecida por el derecho de autor, puesto que de recibirla, estaríamos protegiendo una mera idea, la de pintar un lienzo de un único color[76].

La problemática que se plantea para dibujar la frontera entre las simples ideas y la expresión de las mismas no es exclusiva de las obras plásticas y en otros ámbitos, tales como el de las obras musicales, nos encontramos también con ejemplos de excesivas simplificaciones que nos llevan a plantearnos si, a pesar del reconocimiento intelectual y estético que reciben dichas creaciones por los sectores más especializados, merecen un reconocimiento similar a nivel jurídico.

Por temas de economía de espacio, nos limitamos aquí a señalar brevemente dos claros ejemplos representativos sobre esta cuestión.

En primer lugar, no podemos dejar de citar la obra de Charles Ives, «Blank Song Paper», consistente en una partitura vacía, cuya provocativa pretensión era dar protagonismo al valor del silencio.

En segundo lugar, cabe hacer mención a la composición «4'33» de John Cage, convertida en un icono cultural en Estados Unidos[77] y consistente en un silencio de exactamente 4 minutos y 33 segundos.

En nuestra opinión, dichas creaciones se mueven en el terreno de las meras ideas, la de componer sin componer nada, y nos resulta, por tanto, muy complicado encontrar una razón que justifique el otorgamiento de un monopolio sobre el silencio, sea de la duración que sea.

En general, no obstante la indiferencia presentada en nuestro país al análisis de la cuestión, el rechazo a la protección por vía de derechos de autor de creaciones consistentes en la simplificación del arte llevado a su punto más extremo, es generalizado en la doctrina europea[78]. Todo ello no obstante, como ya hemos puesto de manifiesto, la innegable aceptación y extraordinario reconocimiento del que gozan estas obras por parte de los sectores más especializados del mundo del arte y de los grandes museos y galerías.

76. Rau, G.: *Antikunst und Urheberrecht*. J. Schweitzer Verlag. Berlin, 1978, p. 21.
77. *http://en.wikipedia.org/wiki/4%E2%80%B233%E2%80%B3* (última fecha de acceso: 9 de abril de 2012).
78. Rau, G.: *Antikunst und Urheberrecht*. J. Schweitzer Verlag. Berlin, 1978, p. 21.

4. EL MARGEN DE LIBERTAD CREATIVA Y LAS OBRAS MENORES

4.1. EL MARGEN DE LIBERTAD CREATIVA

Una obra recibe protección por derechos de autor si se cumplen los requisitos que mencionábamos en páginas precedentes, esto es, que se trate de una creación humana, expresada, original e incluida dentro del campo literario, artístico o científico.

Teniendo en cuenta lo anterior, para que un creador (persona física) pueda crear una obra necesita que exista un margen de libertad creativa, es decir, debe tener la posibilidad de poder elegir entre diversas formas. Tal y como señala Johnson-Laird «los productos, para ser creativos, no pueden construirse mediante el cálculo o la memorística, sino que deben reflejar la libertad de elección de la persona creadora, aunque esta elección se haga entre varias opciones que están especificadas por los criterios»[79].

Si no hay margen de elección, no hay margen para la creación singular u original, puesto que si nos encontramos ante el resultado de un trabajo mecánico, automatizado o sistemático, difícilmente podremos justificar el nacimiento de un derecho de autor sobre esa creación[80].

Nuestros tribunales se han referido expresamente en diversas ocasiones a este margen de libertad creativa (utilizando expresiones como «margen creativo»[81],

---

79. Huidobro Salas, T.: *Una definición de la creatividad a través del estudio de 24 autores seleccionados.* Ed. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2002, p. 120.

80. García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 99. Knöbl, H. P.: *Die «kleine Münze» im System des Immaterialgüter– und Wettbewerbsrechts – Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts.* Verlag Dr. Kovac. Hamburg, 2002, pp. 54-55. Reinfeld, T.: *Der Schutz von Rythmen im Urheberrecht.* V&R Unipress. Göttingen, 2006, p. 68. Obergfell, E. I.: «Tanz als Gegenwartskunstform im 21. Jahrhundert», en *ZUM 2005.* p. 625.

81. SAP de Madrid (Sección 28ª) 22/2008, de 28 de enero. En relación con la protección de unas creaciones fotográficas como meras fotografías señala la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid: «*Tratándose de obras de encargo en las que los modelos son impuestos por el comitente (presidente, vicepresidente, personajes de la historia del guión, repitiéndose incluso algunas tomas por cambios de modelo impuesto por el Banco –folio 177 vuelto–, documento núm. 13 de la propia demanda) o elegidos casi al azar (doble página del accionista, figurando entre los modelos socios de "OLIVÉ LÓPEZ LARA, SL", la ex mujer de uno de ellos, familiares, personas del equipo e incluso los directores artísticos del trabajo y también figurantes profesionales que no consta fueran elegidos por al actor, según resulta del propio informe elaborado por el demandante y que se acompañó a la demanda como documento núm. 14),* ***el margen creativo del demandante queda francamente diluido y más aún cuando, como se ha indicado, algunas fotos se limitan a retratar al personaje sobre fondo blanco para su posterior tratamiento,*** *contando el autor con la colaboración de directores creativos dependientes de "OLIVÉ LÓPEZ LARA, SL", según consta en el citado documento núm. 14 de la demanda, elaborado por el propio actor (folio 181)».*

margen de libertad»[82]o «grado de libertad creativa»[83]) y de forma indirecta analizando su importancia en el examen sobre la determinación del grado de originalidad de creaciones concretas[84].

Si bien, tal y como hemos visto, nuestros jueces han utilizado este concepto y las referencias a la importancia del margen de libertad creativa aparece también en algunos sectores doctrinales[85], sin duda se trata de un concepto cuyo desa-

---

Y utilizando el mismo concepto de «margen creativo» nos encontramos con la SAP de Barcelona (rec. 61/2001), de 21 de noviembre 2003, que, en relación con la protección de un conjunto fotográfico para una edición fácsimil del antiguo Códice «Libro de los Testamentos de la Catedral de Oviedo» señala «*(...) el conjunto fotográfico realizado respondía a un encargo profesional que requería del fotógrafo el despliegue de su capacidad técnica y no propiamente creativa, cercenada ésta por las propias instrucciones del comitente, que elige el objeto y expresa las cualidades técnicas que ha de cumplir el trabajo, esto es, tanto la realidad a reproducir por medios mecánicos como la forma de ejecución,* ***sin margen creativo alguno.*** *Lo que no implica negar al actor la capacidad artística o creativa, sino únicamente reconocer que, en este caso, lo que se interesó de aquél fue el fidedigno reflejo de la realidad de un objeto con ajustamiento a previas prescripciones técnicas, coartando el estímulo creativo en favor del mero proceso mecánico de captación con medios adecuados*».

82. STSJ de Cataluña 305/2005, de 22 de marzo. En relación con la grabación de unos eventos deportivos señala lo siguiente: «*(...) no habrá que remontarse al ingenio humano en su más alta penetración, ni a la originalidad en cuanto obra desacostumbrada o insólita, sino que bastará con que sea una obra del hombre con los elementos diferenciales en su elaboración que haya considerado convenientes, lo que no se puede negar en la captación de imágenes de una retransmisión deportiva, en la que,* ***aunque no exista demasiado margen de libertad, siempre será posible recoger unas y otras circunstancias del juego,*** *a criterio del realizador, elaborando la historia circunstanciada del encuentro con un enfoque personal, bajo una cierta estética individualizada, y sin que sea descartable una orientación ideológica*».

83. SAP de Madrid (Sección 28ª) 86/2010, de 5 de abril. En relación con unos tonos musicales para dispositivos móviles señala: «***El grado de libertad creativa del que dispone el autor está, no obstante, en función de las circunstancias del caso.*** *Cuando se trata de adaptaciones de un original preexistente el margen puede ser muy estrecho, por lo que la exigencia de altura creativa no puede ser elevada, sin que pueda dejar de reconocérseles, si mínimamente lo merecen, su valor como obra derivada ni obviarse la trascendencia económica que pueden llegar a suponer*».

84. En este sentido, la SAP de Cádiz 580/2007, de 28 de noviembre, en relación con la creación de un mural de cerámica («*Efectivamente se partió de una fotografía para la realización del mural más la realización del mural mismo, las técnicas utilizadas, la disposición de los elementos y el dibujo en sí existente en el mural y la disposición de las partes, única, fruto de la labor creativa de la artista, es lo que le da originalidad a la obra, aún cuando se haya realizado siguiendo instrucciones y gustos de la apelante. Es en su conjunto lo que merece la consideración de una creación, por ser claramente original, y singular Este requisito necesario para que una obra plástica pueda considerarse una creación susceptible de protección por la Ley de propiedad intelectual concurre cuando la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce»)* y, en relación con unas obras fotográficas, SJMerc de Madrid nº5 80/2005, de 27 de septiembre. («*Aun siendo de encargo la realización de las fotografías, no consta limitación alguna al mismo, afirmando el autor que gozaba de plena libertad para ejecutarlas, al margen de la derivada del propio fin de las mismas que era ilustrar las portadas de determinados fonogramas y la promoción de los artistas»).*

85. García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 99.

rrollo doctrinal y jurisprudencial lo encontramos más ampliamente recogido en países de nuestro entorno, tales como Alemania[86] o Suiza[87].

La libertad que un autor puede llegar a alcanzar en la realización de su creación, es decir, en la toma de decisiones a lo largo del proceso creativo, viene condicionada *a priori* por una serie de factores externos tales como la utilidad de la obra, las instrucciones dadas por aquel que encarga la creación, las condiciones técnicas, etc. Por esta razón, es necesario identificar y analizar dichos factores, así como la intensidad con la que se manifiestan, para poder determinar el margen de libertad máximo del que objetivamente ha podido gozar un autor *a priori* para realizar su obra[88].

4.2. LAS OBRAS MENORES

El margen de libertad creativa que tiene un autor en la elaboración de su obra incide de forma frontal en el grado de originalidad que dicha creación puede llegar a alcanzar. Grado de originalidad exigible que ha sido tradicionalmente bajo, otorgándose protección también a las denominadas «obras menores» o «*kleine Münze*». Concepto acuñado por la doctrina y jurisprudencia alemana[89] que en España ha sido utilizado, incluso, por el Tribunal Supremo[90].

Las denominadas «obras menores» son aquellas obras que están instaladas en la línea divisora que distingue entre aquello que se protege por derechos de autor y aquello que vive al margen de protección, configurándose como creaciones protegidas por gozar del mínimo de originalidad exigible[91].

Se trata de obras de arte capaces de generar derechos de autor y que, tal y como reconoce expresamente nuestro Tribunal Supremo, a pesar de gozar del mínimo carácter original exigible, «pueden alcanzar un importante nivel econó-

86. En Alemania se refieren a este concepto como «Spielraumbegriff». Strömholm, S.: «Spielraum, Originalität oder Persönlichkeit? Das Urheberrecht vor einer Wegwahl», en *GRUR Int.* 1996, p. 530.
87. Csoport, D.: *Rechtsschutz für Kunstschaffende im schweizerischen und internationalen Urheberrecht*. Dike Verlag. Zürich, 2008, p. 7.
88. García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 104.
89. Wandtke, A. A.: *Urheberrecht*. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag. Berlín, 2009. p. 48. Rn. 8. Haberstumpf, H.: *Handbuch des Urheberrechts*. Ed. Luchterhand. Neuwied, 2000. p. 59.; Wandtke, A. A.: *Urheberrecht*. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag. Berlín, 2009, p. 48; Handig, C.: «Was ist "eine geistige Schöpfung des Urehebers"? Der auslegungsbedürftige Werkbegriff des europäischen Ureheberechts», en *UFITA. Band 2009/I*. Stämpfli Verlag. AG Bern, p. 61; Leistner, M./Koof, A./Kleinemenke, M./Koroch, S.: «Questionnaire– Boundaries and Interfaces», en *ALAI 2011– Dublin Congress*. Dublín, 2011, p. 10.
90. STS 542/2004, de 24 de junio.
91. Wandtke, A. A.: *Urheberrecht*. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag. Berlín, 2009. p. 48. Rn. 8.

mico en el mercado»[92]. Es precisamente dicho mínimo carácter de originalidad lo que las hace merecedoras del calificativo de «obras menores». Concepto muy utilizado por los jueces de nuestro país, principalmente en relación con obras musicales[93].

Traemos a colación un extracto de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 27 de septiembre de 2005 que hace referencia a la protección de obras por derechos de autor sin necesidad de ser obras de arte y pudiendo ser simplemente obras menores[94]: «No todas las obras fotográficas son obras de arte ni, como es evidente, todas las obras musicales lo son y por ello no pierden su consideración de creación artística original, refiriéndose a ellas la doctrina como obras menores e incluso la doctrina alemana con tono despectivo pero muy gráfico emplea el término calderilla».

Protección de obras menores que ha sido reconocida en Europa de forma unánime[95] e, incluso, más allá de nuestras fronteras, por los tribunales norteamericanos[96], pero que, por el propio hecho de ser creaciones «menores», esto es, con menor grado de originalidad que el resto de obras, su protección también se ve mermada en la práctica[97].

5. CUESTIONES INTRASCENDENTES EN LA DETERMINACIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS

Si bien en el apartado anterior del presente estudio se analizaba cómo el margen de libertad, que tiene un autor en el momento de creación de su obra, resulta determinante para que ésta pueda ser reconocida como tal, a continuación

92. STS 542/2004, de 24 de junio.
93. SAP de Gerona 223/2011, de 26 de mayo.
94. SJMerc de Madrid nº5 80/2005, de 27 de septiembre.
95. De las Directivas europeas se deduce también que un mínimo de originalidad es suficiente para que una obra goce de protección por derechos de autor. Artículo 6 Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (Codificada por la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines y enmendada por la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011).
96. La Corte Suprema estadounidense reconoce en la sentencia *Feist Publications Inc. Vs. Rural Telephone Service Co.* de 27 de marzo de 1991, que el nivel de creatividad que necesita una obra para ser original es «extremadamente bajo». Así, el citado tribunal norteamericano señala expresamente: «*In order for a work to meet originality requirement for copyright protection, the level of creativit required is extremely low, and work satisfies that requirement as long as it possesses some creative spark, no matter how crude, humble or obvious it might be; originality does not signify novelty*».
97. La existencia de dichas «obras menores» es de gran relevancia en los pleitos por plagio ya que, cuanto menos original es una creación, mayores son las probabilidades de encontrar similitudes en otras creaciones posteriores.

vamos a señalar una serie de cuestiones que, a juicio de la doctrina y de nuestros tribunales, resultan del todo irrelevantes en la decisión sobre si una obra merece, o no, la protección por derechos de autor.

5.1. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA OBRA

En primer lugar, la **calidad** de una obra debe ser ajena por completo al examen de la susceptibilidad de protección por propiedad intelectual[98]. Se protege por derechos de autor la creación que cumple con los requisitos que exige la Ley, con independencia de que se trate de una obra de una calidad excelente o reprobable, tal y como lo han reconocido expresamente nuestros autores[99] y tribunales[100], así como la doctrina y jurisprudencia de países de nuestro entorno[101]. Criterio el de la calidad que se configura como subjetivo en exceso, haciendo complicado imaginar un baremo objetivo capaz de cuantificar la calidad de una obra[102].

Muy relacionado con el anterior, y de igual forma irrelevante a efectos de la decisión sobre la integración de una creación como obra protegida por derechos

---

98. Knöbl, H. P.: *Die «kleine Münze» im System des Immaterialgüter– und Wettbewerbsrechts – Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*. Verlag Dr. Kovac. Hamburg, 2002, p. 55.
Dice expresamente a este respecto Rogel Vide: Por regla general y respecto de las obras literarias, se requiere, tan solo, una originalidad subjetiva; se requiere que la obra sea fruto de la mente de su autor, por mucho que se haya inspirado en otra –siempre que no la plagie– y aunque sea mala e, incluso, mezquina, calificaciones siempre subjetivas, por otra parte, amen de excesivamente otorgadas a los autores por sus contemporáneos». Rogel Vide, C.: «Tesis Doctorales y propiedad intelectual», en *Estudios completos de propiedad intelectual*. Volumen Tercero. Ed. Reus. Madrid, 2009, p. 13.
99. Bondía Román, F.: *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*. Ed. Trivium. Madrid, 1988, p. 194; García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 100.
100. SAP de Madrid (Sección 28ª) 22/2008, de 28 de enero («***Sin perjuicio de la calidad técnica*** *de las fotografías realizadas por el actor, en colaboración o no de otros profesionales, las mismas deben calificarse como de meras fotografías al no apreciarse que el fotógrafo incorpore a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona, en palabras del Tribunal Supremo»)* o la SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 309/2010, de 30 de julio («*Pueden ser objeto del derecho de autor todas las obras originales, entendiéndose por tales, las que se han «originado» en el autor y no son fruto de la copia o imitación de una obra ajena.* ***No constituye requisito para la protección a través del derecho de autor que la obra haya alcanzado un determinado nivel de «calidad»*** *o «mérito»*).
101. Leistner, M./Koof, A./Kleinemenke, M./Koroch, S.: «Questionnaire– Boundaries and Interfaces», en *ALAI 2011– Dublin Congress*. Dublín, 2011, p. 10; Haberstumpf, H.: *Handbuch des Urheberrechts*. Ed. Luchterhand. Neuwied, 2000, p. 57.
102. Haberstumpf, H.: *Zur Individualität wissenschaftlicher Sprachwerke*. Hochschule Verlag. Freiburg, 1982, p. 26. Wandtke, A. A.: «Choreografische und pantomimische Werke und deren Urheber», en *FS für Peter Rau*. Carl Heymanns Verlag. München, 2006, p. 748. Wandtke, A.-A: *Urheberrecht*. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag. Berlín, 2009, p. 50. Rn. 19.

de autor, se encuentra el **mérito** que aquella pueda llegar a alcanzar, ya que, tal y como recuerda Bondía Román, «es un principio tradicional en la materia que la protección legal no puede depender de una apreciación de orden estético que, por su propia naturaleza, es extremadamente aleatoria»[103].

El mérito, como factor irrelevante en la decisión sobre la protección de una creación, ha sido reconocido de forma unánime, no sólo por autores de nuestro país y de estados comunitarios[104] y por sus respectivos tribunales[105] sino que, a mayor abundamiento, este extremo es recogido de forma rotunda por el legislador europeo en el Considerando 17 de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines[106].

103. Rodríguez Tapia, J. M./Bondía Román, F.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Civitas. Madrid, 1997, p. 56.

104. Knöbl, *H. P.: Die «kleine Münze» im System des Immaterialgüter– und Wettbewerbsrechts – Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*. Verlag Dr. Kovac. Hamburg, 2002, p. 55; Rodríguez Tapia, J. M./Bondía Román, F.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Civitas. Madrid, 1997, p. 56. Karnell, G. W. G.: «European Originality: A Copyright Chimera», en *Intellectual Property and Information Law– Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*. Ed. Kluwer. La Haya, 1998, p. 203. Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 227.
García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 113. Tal y como pone de manifiesto esta autora, «el concepto de obra es un concepto normativo que excluye cualquier tipo de juicio estético».

105. SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 309/2010, de 30 de julio: «*(...) no constituye requisito para la protección a través del derecho de autor que la obra haya alcanzado un determinado nivel de "calidad" o "mérito"*».

106. «*17) Considerando que la protección de las fotografías en los Estados miembros es objeto de diversos regímenes; que, para conseguir una armonización suficiente del plazo de protección de las obras fotográficas, en particular de aquellas que, debido a su carácter artístico o profesional, sean importantes en el mercado interior, es necesario definir el grado de originalidad requerido en la presente Directiva; que una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad,* ***sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad;*** *que la protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional*».

Por otro lado, factores como la **precisión técnica**[107] con la que se realiza una obra o la **complejidad**[108] de la misma no deben afectar en la determinación de la existencia o no de una obra protegida por derechos de autor.

En esta misma línea, tampoco debe servir de baremo para saber si nos encontramos ante una creación protegida el **esfuerzo** o el **coste,** en términos humanos o materiales, que se ha soportado para su realización. A este respecto traemos a colación las palabras de Valero Martín con las que coincidimos plenamente: «puede existir una fotografía con un coste altísimo y no resultar protegida (por ejemplo, la fotogrametría es esencialmente cara y es difícil que sea una obra fotográfica, o las fotografías realizadas por satélite) y por otro, hay imágenes que, a pesar de tener un coste muy reducido, gozan de una altísima impronta personal (así, por ejemplo el viandante que recoge por casualidad una escena que le sobrecoge, o simplemente llama su atención)»[109].

Ni siquiera el **valor artístico** de una obra de arte debe configurarse como un indicio para definir su protección. A este respecto, por su carácter ilustrativo a los efectos que aquí interesan, traemos a colación las palabras del Juzgado de lo Mercantil de Madrid que, analizando la eventual protección de una obra fotográfica, señala: «No todas las obras fotográficas son obras de arte ni, como es evidente, todas las obras musicales lo son y por ello no pierden su consideración de creación artística original, refiriéndose a ellas la doctrina como obras menores»[110].

---

107. Sobre la precisión técnica señala la AP de Barcelona (Sección 15ª) 377/2005, de 29 de julio: «***El hecho que las fotografías fueran realizadas con precisión técnica no resulta relevante a los efectos de considerar las fotografías como obra fotográfica.*** *Lo realmente relevante para ostentar la cualidad de obra fotográfica se representa más por el continente que por el contenido, pues aquel es como señala la STS de 29 de marzo de 1996 el resultado de incorporar a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que transciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produce la contemplación procede de ésta, pero no de la fotografía en sí, ni del hacer reproductor del fotógrafo».*

108. A favor de la irrelevancia de la complejidad de una obra como criterio válido para determinar su susceptibilidad de protección vía propiedad intelectual: García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 101; Valero Martín, E.: Obras fotográficas y meras fotografías. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 213.

109. Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pp. 215-216.

110. SJMerc de Madrid nº5 80/2005, de 27 de septiembre.
Opinión que es reiterada en sentencias posteriores. Así, SJPI de Sevilla nº13 (rec. 1351/2002), de 26 de septiembre de 2003: «*Ahora bien,* ***no toda obra que en el sentir común pueda merecer la consideración de obra literaria, artística o científica se halla comprendida en el ámbito de protección de la Ley de Propiedad Intelectual,*** *sino únicamente aquellas que supongan una creación original, pues el artículo 10 dispone que «"on objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro".*
La doctrina científica, comentando dicho precepto, ha señalado que la función del artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual es determinar qué se entiende por obra literaria, artística o científica,

Ajenos también al juicio sobre la protección por derechos de autor de una obra de arte debe ser el **destino** o la **finalidad** que se le vaya a dar a ésta. Este aspecto tiene especial relevancia en el caso de las creaciones que están destinadas a cumplir una función práctica (p.e. obras arquitectónicas).

En efecto, tal y como han reconocido también nuestros tribunales en diversas sentencias[111], el hecho de que una obra compagine su carácter artístico o de degustación puramente estética con su carácter funcional no es óbice para recibir protección por derechos de autor[112].

---

puesto que éstas constituyen el objeto de aquélla (artículo 1), a los efectos de protección de la mencionada Ley, lo que ***no tiene necesariamente que coincidir con lo que pueda ser considerado como obra desde un punto de vista distinto,*** *y concretamente desde el punto de vista del arte, de la literatura y de las ciencias, pues el precepto legal no trata de definir lo que es una obra de arte, literaria o científica, sino lo que es una obra susceptible de protección por la Ley, es decir, lo que es el objeto de la propiedad intelectual o del derecho de autor (...)*».

111. SAP de Madrid (Sección 28ª) 6/2008, de 14 de enero; SAP de Girona (Sección 1ª) 86/2010, de 3 de marzo. Dicha Audiencia Provincial de Girona, al analizar la originalidad de un programa de ordenador, señala lo siguiente: «*Al respecto ha de significarse que el objeto directo y exclusivo de protección por la Ley de Propiedad Intelectual es el programa de ordenador, definido como «toda secuencia, instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación» (artículo 96, párrafo 1º), comprendiendo también la documentación preparatoria, la documentación técnica y los manuales de uso del programa (artículo 96, párrafo 2º). Por contra no quedan protegidas, por no ser objeto de propiedad intelectual, las simples ideas o principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces (artículo 96, último párrafo). Con ello, se quiere decir que en este especial objeto de propiedad intelectual, la protección recae no sobre la idea sino sobre la expresión de la misma, situándose la frontera de delimitación en la finalidad última que la obra pretende realizar, de modo que la finalidad o la función de una obra utilitaria, como es el programa de ordenador, será la idea de la obra, mientras que la forma de conseguir la finalidad perseguida, el medio especifico elegido en el caso concreto, habrá que considerarlo como expresión de una idea, y ese medio, de entre los varios posibles, será el objeto de la propiedad intelectual.* ***Dicho en otros términos, es objeto de protección no lo que se pretende sino el cómo se consigue: la forma de plasmar la idea, su ordenación, configuración o estructura***»

    Y, en idéntico sentido, nos encontramos con SJMerc de Madrid nº5 80/2005, de 27 de septiembre, que se expresa en los siguientes términos sobre este particular: «*En cuanto a las fotografías realizadas por Gorka Duo, no se discute la condición de profesional de la fotografía del primero ni que aquéllas fueron realizadas por encargo de la demandada para ilustrar las portadas, contraportadas, interior de fonogramas y promoción de determinados artistas en los años 1983 y 1984. Aun siendo de encargo la realización de las fotografías, no consta limitación alguna al mismo, afirmando el autor que gozaba de* ***plena libertad para ejecutarlas, al margen de la derivada del propio fin de las mismas*** *que era ilustrar las portadas de determinados fonogramas y la promoción de los artistas*».

112. Bondía Román, F.: *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*. Ed. Trivium. Madrid, 1988, p. 194; Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 216.

    En Alemania, doctrina y jurisprudencia son unánimes a este respecto: Leistner, M./Koof, A./Kleinemenke, M./Koroch, S.: «Questionnaire– Boundaries and Interfa-

Sobre este punto no podemos dejar de mencionar que hay legislaciones de nuestro entorno europeo que excluyen expresamente el destino puramente funcional de una obra como requisito a tener en cuenta en el examen de la originalidad. En este sentido, la legislación Suiza, en el artículo 2.1. de su *Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (*Urheberrechtsgesetz,* URG) de 9 de octubre de 1992, señala que son obras, con independencia de su valor o función, creaciones del espíritu de la literatura y el arte, que tengan un carácter individual»[113].

Asimismo, igual que ocurría con el mérito de una obra comentado en páginas precedentes, también en el caso de la finalidad de una obra es el propio legislador europeo el que hace una mención expresa a este criterio como irrelevante a efectos de la determinación de una obra de arte como obra protegida por derechos de autor[114].

También al margen del arbitrio en relación con la susceptibilidad de una obra de arte para caer al amparo de la propiedad intelectual se encuentra el hecho de que la obra haya sido **realizada por encargo.** Es cierto, como tuvimos ocasión de analizar en relación con el margen de libertad creativa, que este último sufra limitaciones por el excesivo número de indicaciones que el creador recibe de la persona que encarga la obra, pero una vez se constate la existencia, aunque sea mínima, de cierta libertad creativa, el hecho de que la obra haya sido realizada por encargo y no de *motu propio* no debe limitar sus posibilidades para convertirse en objeto protegido por derechos de autor[115].

---

ces», en *ALAI 2011– Dublin Congress.* Dublín, 2011, p. 10; Haberstumpf, H.: *Handbuch des Urheberrechts.* Ed. Luchterhand. Neuwied, 2000, p. 57.Así lo ha señalado expresamente el *Bundesgerichtshof* alemán (BGH *GRUR* 1959, 251– *Einheitsfahrschein)* La doctrina habla de que el derecho de autor es «*zweckneutral*». Wandtke/Bullinger § 2 UrhG Rn. 29; NORDEMANN § 2 UrhG Rn. 4.

113. Art. 2 URG. *Werkbegriff* (1) «*Werke sind, unabhängig von ihrem Wert oder Zweck, geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben*».

114. Considerando 17 de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (Codificada por la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines y enmendada por la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011). Sobre este particular: Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 227.

115. Analizan esta cuestión numerosas sentencias en nuestro país, pudiéndose traer a colación aquí, por su relevancia, las siguientes:
SAP de Madrid (Sección 28ª) 22/2008, de 28 de enero: «*Tratándose de obras de encargo en las que los modelos son impuestos por el comitente (presidente, vicepresidente, personajes de la historia del guión, repitiéndose incluso algunas tomas por cambios de modelo impuesto por el Banco –folio 177 vuelto–, documento núm. 13 de la propia demanda) o elegidos casi al azar (doble página del accionista, figurando entre los modelos socios de "OLIVÉ LÓPEZ LARA, SL", la ex mujer de uno de ellos, familiares, personas del equipo e incluso los directores artísticos del trabajo y también figurantes profesionales que no consta fueran elegidos por al actor, según resulta del*

Por otro lado, cuestiones como la **extensión o tamaño** de una obra deben pasar inadvertidas para enjuiciar la posibilidad de enmarcar una obra como objeto protegido por la Ley de Propiedad Intelectual[116]. Cuestión ésta que ha sido expresamente señalada por la jurisprudencia norteamericana y la encontramos ya reflejada en una sentencia de 1965 del *Southern District of New York*, en el caso *Life Music, Inc. v. Wonderland Music Co.,* en la que el tribunal otorga protección a la famosa palabra de la película «Mary Poppins»: «supercalifragilisticexpialidocious»[117].

propio informe elaborado por el demandante y que se acompañó a la demanda como documento núm. 14), ***el margen creativo del demandante queda francamente diluido*** *y más aún cuando, como se ha indicado, algunas fotos se limitan a retratar al personaje sobre fondo blanco para su posterior tratamiento, contando el autor con la colaboración de directores creativos dependientes de "OLIVÉ LÓPEZ LARA, SL", según consta en el citado documento núm. 14 de la demanda, elaborado por el propio actor (folio 181)».*

SJMerc de Madrid nº5 80/2005, de 27 de septiembre: «*Por otra parte,* ***no consta que esta concreta fotografía sea de encargo, a diferencia de las que es autor Gorka Duo, pero esta circunstancia por sí sola tampoco expulsa a estas creaciones de la categoría de obras fotográficas,*** *pues el autor puede desarrollar altas cotas de originalidad cumpliendo el encargo salvo que esté tan detallado y limitado que el autor se limite a realizar la fotografía con técnica de profesional, viniéndole impuesto el motivo, escena, localización, poses, vestuario, fondo... o como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 21 de noviembre de 2003, cuando es el comitente el que precisa tanto el objeto a reproducir por medios mecánicos como la forma de ejecución, sin margen creativo alguno.*

De admitirse la tesis del perito, que entiende muy limitada la originalidad y capacidad creativa del fotógrafo por el mero hecho de tratarse de un trabajo de encargo hasta negar la consideración de obra fotográfica, también podría llegarse a la misma conclusión respecto de sublimes sinfonías y obras pictóricas, *por ejemplo, compuestas o ejecutadas por encargo, que nadie dudaría de su consideración de obras musicales o de pintura».*

SAP de Barcelona (rec. 61/2001), de 21 de noviembre de 2003: «*La sentencia apelada lo explica con claridad en su Fundamento Tercero y, al aplicar esos criterios al caso examinado, concluye correctamente que las fotografías realizadas por el actor, de cada una de las páginas del libro original, siguiendo las instrucciones recogidas en el* ***encargo contractual,*** constituyen meras fotografías y no obra fotográfica.

QUINTO. Así es, en efecto, porque ***el conjunto fotográfico realizado respondía a un encargo profesional que requería del fotógrafo el despliegue de su capacidad técnica y no propiamente creativa, cercenada ésta por las propias instrucciones del comitente,*** *que elige el objeto y expresa las cualidades técnicas que ha de cumplir el trabajo, esto es, tanto la realidad a reproducir por medios mecánicos como la forma de ejecución,* **sin margen creativo alguno.** Lo que no implica negar al actor la capacidad artística o creativa, sino únicamente reconocer que, en este caso, lo que se interesó de aquél fue el fidedigno reflejo de la realidad de un objeto con ajustamiento a previas prescripciones técnicas, coartando el estímulo creativo en favor del mero proceso mecánico de captación con medios adecuados».

116. García, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 100.
Este hecho es reconocido en otras jurisdicciones como la alemana: Leistner, M./Koof, A./Kleinemenke, M./Koroch, S.: «Questionnaire– Boundaries and Interfaces», en *ALAI 2011– Dublin Congress.* Dublín, 2011, p. 10; Haberstumpf, H.: *Handbuch des Urheberrechts.* Ed. Luchterhand. Neuwied, 2000, p. 57.

117. Hughes, J.: «Size matters (or should)», en *Fordham Law Review.* 2005, p. 605.

La **forma de expresión** de una obra no puede, en ningún caso, determinar la existencia o no de protección de una obra de arte[118], siendo la propia LPI la que, en su artículo 10.1, recoge la protección de creaciones originales, expresadas «por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro».

De esta forma, se hace irrelevante, a los efectos que aquí interesan, el tipo de material o soporte utilizados por el creador[119], siendo únicamente preceptivo que la obra se exteriorice, de forma tal, que sea perceptible por los sentidos[120].

En relación con el contenido de la obra, el hecho de que **la idea subyacente** sea o no original o el hecho de que dicha idea sea o no propia del autor, es indiferente a los efectos que aquí interesan. Una obra puede estar creada sobre la base de una idea simple y poco creativa pero que, una vez desarrollada ésta, su expresión cumpla con los requisitos de originalidad exigidos por la LPI, gozando de la protección que ésta ofrece[121].

A este respecto, es interesante observar como las ideas de grandes obras de arte, protegidas a su vez por derechos de autor, no han tenido su origen en sus creadores. Sobre este particular, no podemos dejar de reproducir las palabras del Profesor Azcárate Ristori, «como se observa en numerosas documentaciones, es frecuente comprobar cómo se especifican por el cliente las líneas generales de la composición o se imponen unos determinados aspectos de la obra a ejecutar. Así, se advierte la gran diferencia según sea nuestro análisis, entre el Goya de los Tapices, a quien se impone tema, figuras, y el Goya de las pinturas negras a quien antes nos hemos referido»[122].

---

118. Bondía Román, F.: *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información*. Ed. Trivium. Madrid, 1988, p. 194.
119. Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 212.
120. Csoport, D.: *Rechtsschutz für Kunstschaffende im schweizerischen und internationalen Urheberrecht*. Dike Verlag. Zürich, 2008, pp. 5-6.
121. SAP de Guipúzcoa 2290/2007, de 28 de septiembre: «*(...) si bien es verdad que el texto objeto de controversia tiene por objeto la enumeración y descripción de distintas actividades y atracciones propias de un mercado medieval, lo que resulta conocido para cualquier persona que los haya visitado, el mismo reviste originalidad por razón de la forma y términos en que se realiza la misma.* ***Siendo conocido el contenido, su presentación se realiza de una manera original,*** *y que en expresión del Juzgador de instancia, y que esta Sala comparte, "responde a una tarea de creación que excede frecuentemente de lo meramente descriptivo para incidir... en lo que es verdaderamente una construcción literaria", lo que se advierte tanto en los ejemplos puestos de manifiesto en la sentencia impugnada ("hombre orquesta" y "juglares"), así como en otros, por ejemplo "escenas con personajes" o "mercado de esclavos*"».
122. Azcárate Ristori, J. M.: *Consideraciones sobre el estilo artístico*. Colegio Mayor Marqués de la Ensenada. Madrid, 1973, p. 5.

Tampoco es relevante el **estilo** utilizado por el autor[123] o **el grado de finalización** de una obra[124]. No son sólo objeto de propiedad intelectual las creaciones acabadas, sino que también gozan de protección los estados previos del proceso creativo (bocetos, esquemas, etc.), siempre y cuando cumplan con los requisitos de la Ley[125].

Siguiendo con el contenido de una obra, el hecho de que éste **sea contrario a la moral o al orden público** no es óbice para su protección por derechos de autor[126] (cosa diferente es que el autor pueda ejercitar los derechos patrimoniales que la LPI concede a su favor). Sobre este particular y, en concreto, en relación con la protección de obras plásticas, se expresa Rogel Vide con unas palabras que compartimos: «Las obras procaces, soeces, obscenas incluso, se protegen también, por mucho que sean escandalosas y merecedoras de hojas de parra, convenientemente dispuestas, en las mismas, para reconducirlas a una decencia no querida por su autor»[127].

5.2. CUESTIONES RELACIONADAS CON EL AUTOR

En relación con la figura del autor, no debemos condicionar nuestro juicio por cuestiones tales como su **edad** o **profesión**[128]. Tan protegible es una obra creada por un menor de edad, como por una persona sin capacidades mentales plenas (cuestión distinta será el tema del ejercicio de los derechos)[129], de igual modo que resulta del todo intrascendente si el creador es un artista profesional o no[130].

123. BGH *GRUR* 1970, 250, 251– *Hummel III;* BGH *GRUR* 1977, 547, 550– *Kettenkerze;* OGH *ZUM*-RD 2003 451, 453– *Hundertwasser-Haus.*
124. Rogel Vide, C.: «Cuestiones y problemas en torno a la propiedad intelectual», en *Estudios Completos de Propiedad Intelectual.* Volumen Tercero. Ed. Reus. Madrid, 2009, p.130.
125. Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 210.
126. Wandtke/Bullinger § 2 UrhG Rn. 31. Leistner, M./Koof, A./Kleinemenke, M./Koroch, S.: «Questionnaire– Boundaries and Interfaces», en *ALAI 2011– Dublin Congress.* Dublín, 2011, p. 10.
127. Rogel Vide, C.: «Las obras plásticas: definición y catálogo general», en *Estudios completos de propiedad intelectual.* Volumen Tercero. Ed. Reus. Madrid, 2009, p. 70.
128. Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 212. Así también lo reconoce expresamente la doctrina de países de nuestro entorno, tales como Alemania (Wandtke/Bullinger § 2 UrhG Rn. 18) o Suiza (Csoport, D.: *Rechtsschutz für Kunstschaffende im schweizerischen und internationalen Urheberrecht.* Dike Verlag. Zürich, 2008, p. 5).
129. Dreier/Schulze § 2 UrhG Rn. 10.
130. Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 212.; Wandtke/Bullinger § 2 UrhG Rn. 18.
En este sentido se han manifestado expresamente nuestro tribunales. SAP de Navarra 96/2000, de 14 de julio: «*El Juez "a quo" expresa su estado de incertidumbre cuando afirma: "...el juzgador se vería obligado a reconocer que la fotografía que es objeto del presente proceso se halla más cerca de las obras fotográficas que de las meras fotografías". Lo que le inclina a considerarla como*

Tampoco sirve de condicionante, en la determinación de la protección por derechos de autor, el hecho de que una obra de arte haya sido creada por un autor con mucha **fama.** Un creador de renombre puede hacer creaciones que no cumplen con los requisitos que establece la Ley (pensemos por ejemplo en el reciente caso de un fotógrafo que intentaba defender como propios una serie de «selfies» realizados por un mono con la cámara fotográfica de su propiedad[131]) y, por mucha fama de la que goce, sus obras no lo serán en el sentido de ser protegidas por propiedad intelectual[132].

5.3. CUESTIONES RELACIONADAS CON FACTORES EXTERNOS

Como es sabido, las obras de arte pueden ser protegidas por derechos de autor y con otros derechos sobre bienes intangibles (p.e. derecho de marcas), del todo compatibles con la propiedad intelectual[133]. El hecho de que una obra de arte sea **objeto protegido por otros derechos de propiedad** no debe afectar a su encauzamiento como objeto de propiedad intelectual[134].

En esta misma línea, no afecta a la determinación de una obra de arte como objeto protegido por derechos de autor el hecho de haberse producido su **inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual.** Tal y como señala el artículo 1 de la LPI, los derechos de propiedad intelectual se generan por el solo hecho de la

---

*obra fotográfica es fundamentalmente el carácter profesional de quien la realiza, es decir, que se trata de un fotógrafo, alguien cuyo medio de vida es la realización de fotografías; a lo que el Juez "a quo" añade el poseer "un equipo especializado". **El criterio de la profesionalidad no es adecuado ya que supondría otorgar protección penal a cualquier trabajo hecho por un fotógrafo,** abstracción hecha de su aspecto creativo, finalidad que no resulta de la redacción del art. 270 CP Menos lo es aún la realización con un equipo sofisticado, ya que el resultado de su utilización no tiene porque ser una obra artística».*

131. Sparkes, Matthew (2014-08-06). «Wikipedia refuses to delete photo as "monkey owns it"». *The Daily Telegraph* (London: Telegraph Media Group). Fecha de último acceso: 27 de octubre de 2014.

132. Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 152.

STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) 940/2003, de 13 de mayo.: *«(...) no porque la obra triunfe una expresión que titula la obra y que es común en el habla adquiere, si no es por sí misma original, la protección propia del derecho de autor, pues eso sería tanto como restringir el derecho de los hablantes y usuarios de una lengua por el mero hecho de que uno de tales usuarios, utilizando lo que pertenece a todos, cree una obra literaria o artística original como tal obra pero nada más».*

133. La doctrina alemana habla de «*Doppelter Rechtsschutz*»: Wandtke, A. A.: *Urheberrecht.* De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag. Berlín, 2009, p. 41. Rn. 81.

134. SAP de Madrid 793/2004, de 17 de noviembre: «*Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación, los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra y los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en la propia Ley de Propiedad Intelectual».*

creación de una obra, con independencia de que haya sido o no registrada en algún registro de titularidad pública o privada. El Registro de la Propiedad Intelectual es, por tanto, meramente declarativo y no constitutivo de ningún derecho[135].

6. COMPETENCIA PARA LA CATALOGACIÓN DEL ARTE COMO OBRA PROTEGIDA

Una creación intelectual sólo se protege si, además de haber sido realizada por un ser humano, está exteriorizada, pertenece al ámbito del arte, la literatura o la ciencia y es original. Ya hemos tenido oportunidad de analizar, en los capítulos anteriores, cada uno de estos presupuestos y las dificultades que su delimitación plantea en la práctica.

Problemas como la falta de definición del concepto de originalidad, dando lugar a una doble vertiente interpretativa (objetiva y subjetiva) o la inexistencia de una línea divisoria clara entre el mundo de las ideas y su expresión, así como el desarrollo de doctrinas como la Teoría de la Presentación, provocan que la catalogación de una obra de arte como obra protegida por derechos de autor dependa de un enjuiciamiento, de una decisión subjetiva que alguien debe, en última instancia, tomar[136]. Pero ¿quién es ese alguien al que se le puede otorgar el poder de decidir si una obra de arte puede o no generar derechos de propiedad intelectual?

6.1. LOS AUTORES

Una de las teorías doctrinales, que hemos tenido ocasión de analizar en páginas precedentes[137] y que tuvo cierto arraigo, sobre todo en países de tradición germana, es la Teoría de la Presentación, que defiende que una creación se convierte en obra de arte y, asimismo, en obra protegida por derechos de autor como consecuencia de la presentación que como tal hace su autor[138].

---

135. SAP de Alicante 561/1999, de 18 de octubre: «*Que el hecho de que la obra que pudiera ser incluida en alguno de los supuestos del artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual haya podido tener acceso al Registro que se regula en los arts. 139 y siguientes de la misma Ley* ***nada implica en orden a otorgar o reconocer por tal solo hecho originalidad*** *y de forma necesaria a la obra inscrita,* ***ya que se trata de un registro meramente facultativo,*** *que lo que viene a inscribirse en el mismo son derechos y no las obras en sí mismas y que sobre todo que para permitir el acceso a tal Registro no existe examen alguno por el Registro, trámite previo a tal fin ni por ello mismo consecuente decisión, acerca de originalidad o no originalidad de la obra, la cual queda fuera de ello, del ámbito de la calificación registral*».
136. Goldmann, B. C.: «Das Urheberrecht an Bauwerken – Urheberpersönlichkeitsrechte des Architekten im Konflikt mit Umbauvorhaben», en *GRUR* 2005, p. 641.
137. Capítulo 2.3 del presente estudio.
138. Kummer, M.: *Das urheberrechtlich schützbare Werk*. Stämpfli-Verlag. Bern, 1968, pp. 100 y ss.

El problema que se derivaría si dejamos que sean los autores quienes decidan si sus creaciones son o no protegidas por derechos de autor es que nos encontraríamos ante un criterio en todo punto subjetivo, arbitrario y capaz de generar una insostenible inseguridad jurídica[139].

6.2. EL PÚBLICO

Una vez descartada la posibilidad de que sean los propios autores, quienes decidan sobre la protección de sus creaciones, podemos pensar en la posibilidad de que la decisión sobre la posible inclusión de una obra como creación protegida sea influida por la opinión socialmente aceptada, esto es, por la percepción que de dicha creación tiene el público en general.

En principio parece que el público en general, sin especialización concreta en el mundo del arte y lego en derecho, corre el riesgo de tomar decisiones por completo arbitrarias y, al igual que en el supuesto anterior, generar una sensación ineludible de inseguridad jurídica.

No obstante lo anterior, pese a que el público no especializado no es el que decidirá si una obra cumple o no con los requisitos que la Ley exige para la protección de una obra, en no pocas ocasiones, su opinión es escuchada y valorada por los jueces como complemento o en sustitución de informes periciales[140].

Así, por ejemplo, en relación con las obras musicales, los jueces tienden a utilizar lo que se denomina «test del oyente medio» para la valoración del alcance de la originalidad en este tipo de creaciones[141].

6.3. LOS PERITOS

Como ya hemos adelantado en el punto inmediatamente precedente, los jueces tienden a apoyar sus decisiones sobre la protección o no de una creación en

139. Fallert, N. «Definitionskompetenz – Wer entscheidet, was als Kunst gilt?» en *GRUR* 2014, p. 719.

140. SAP de Barcelona (rec. 153/2002), de 5 de marzo de 2004.

141. SAP de Barcelona (Sección 15ª) 12/2004, de 9 de enero: «*Tampoco el llamado* ***test del oyente medio*** *puede llenar la laguna advertida, pues el Sr. Juez de Primera Instancia no consta hubiera practicado, en la forma que exigían los aplicables artículos 633 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, la prueba admitida de reconocimiento judicial. De lo actuado (folios números 526, 529 y 537 a 539) resulta que consideró inútil hacerlo por haberlo ya efectuado en el procedimiento cautelar seguido previamente entre las dos partes, lo que, además de constituir una argumentación difícilmente armonizable con la improcedencia de extraer prejuicios de dicha fase procesal sumaria y urgente (hoy, artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000), se ha traducido en una evidente imposibilidad de efectuar una completa valoración en esta segunda instancia, ante la ausencia de los soportes de fijación. La valoración se ha de limitar términos que resultan de la lectura de los folios números 84 al 94 ambos inclusive*».

informes periciales elaborados por expertos en el tipo de obra que este siendo enjuiciada en cada momento[142].

Los criterios periciales gozan de mayor objetividad que los realizados por los sujetos analizados hasta ahora (autores y público en general) debido a su especialización pero no están exentos de cierta subjetividad, llegando a existir grandes variaciones e, incluso, opiniones contradictorias entre unos y otros (pensemos, por ejemplo, en los peritos de parte, cuyos informes aportan cada uno de los sujetos litigantes para defender su posición)[143].

6.4. LOS JUECES Y TRIBUNALES

Los jueces y tribunales son, en definitiva, los que tienen la capacidad final de tomar la decisión sobre la protección o no de una creación, siempre y cuando, eso sí, haya sido objeto de controversia y la cuestión se haya planteado en su Sala.

El hecho de que, en relación con la susceptibilidad de protección por derechos de autor de obras de arte, no existan criterios interpretativos claros y definidos sobre conceptos jurídicamente indeterminados como la originalidad, hace preceptivo un análisis de cada escenario de forma individualizada, dejando una excesiva discrecionalidad a favor de los tribunales, legos en arte, muy criticada por amplios sectores doctrinales[144].

---

142. SAP de Madrid (Sección 28ª) 22/2008, de 28 de enero: «*En el supuesto de autos aún resulta más difícil a este tribunal valorar si nos encontramos ante obras fotográficas o meras fotografías por dos circunstancias: la primera, no obran en autos las fotografías realmente realizadas por el demandante y, en segundo lugar,* ***no se ha aportado informe pericial alguno que ilustre a la sala sobre las peculiaridades de las fotografías realizadas que pudieran incidir en la valoración jurídica sobre la originalidad de las obras.*** *Respecto de la primera cuestión indicar que, especialmente, la imagen que se reproduce en las páginas 4 y 5 de la memoria no es un fotografía del actor sino una fotocomposición realizada por "OLIVÉ LÓPEZ LARA, SL" sobre la base de fotografías tomadas por el demandante, por lo que resulta una obviedad decir que lo que se ve no es una fotografía del demandante, sin perjuicio de sus derechos sobre cada una de las fotografías utilizadas en la fotocomposición».*
SAP de Barcelona (Sección 15ª) 12/2004, de 9 de enero: «*La comprobación de los datos precisos para identificar la realidad de la transformación* ***hubiera hecho necesario un dictamen pericial*** *que permitiera conocer la entidad de la alteración o cambio producido en la obra musical originaria.*
Ese medio de prueba fue propuesto por la demandada en la primera instancia y resultó inadmitido por el Juzgado (folio números 611 y 672). Además, no se entendió correctamente solicitado en esta segunda por la misma parte (como se expresa en la Providencia de doce de diciembre de dos mil uno)».
143. Fallert, N. «Definitionskompetenz – Wer entscheidet, was als Kunst gilt?» en *GRUR* 2014, p. 720.
144. Goldmann, B. C.: «Das Urheberrecht an Bauwerken– Urheberpersönlichkeitsrechte des Architekten im Konflikt mit Umbauvorhaben», en *GRUR* 2005, p. 641.

Dada su falta de especialización, y siendo conscientes de sus carencias por esta circunstancia, cada vez resulta más frecuente leer decisiones judiciales en las que el órgano competente basa su decisión en informes periciales, presentados por los peritos de las partes o judiciales[145], así como en los análisis sobre la percepción que de las obras concretas tiene el público en general (p.e. a través de los mencionados tests del oyente medio)[146].

7. CONCLUSIONES

Obras de arte y derechos de autor son conceptos que, por definición, se encuentran muy ligados pero cuyos contornos definitorios no son plenamente coincidentes.

Arrancábamos el presente estudio diciendo que es arte «cualquier manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros»[147] y, a continuación, nos planteábamos diversas cuestiones en torno a la posibilidad de que todas las creaciones de arte fueran protegidas por derechos de autor.

---

145. SAP de Madrid (Sección 13ª) 415/2005, de 30 de junio: «***Lo anteriormente expuesto y, especialmente el informe del perito judicial que se valora*** *conforme a lo prevenido en el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,* ***conduce al Tribunal a ratificar la sentencia del Juzgado con rechazo de las alegaciones del recurso a falta de convicción*** *de que la obra musical de los demandados sea plagio o derivación de la canción propia del actor, con lo cual decae la segunda alegación basada en aducir error en la apreciación de la prueba que no es de aceptar, pese al notable esfuerzo desplegado en el escrito de recurso.*
Igualmente la tercera, sobre falta de motivación de la sentencia. Una cosa es que lo razonado o expuesto por el juzgador de instancia no convenza al apelante y otra muy distinta es que esté falta de motivación. Así, el fundamento de derecho cuarto explica con claridad, aunque sea breve, las razones que llevan al juzgador a rechazar la demanda: toma como referente el criterio del perito judicial, Catedrático de Composición e independiente en cuanto a su nombramiento, y señala que no concurren en las composiciones musicales que nos ocupan coincidencias estructurales básicas y fundamentales que denoten apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectivo del autor de "Se acabaron tus agallas". Basta con esto, pues la cuestión no se extiende a más».
146. SAP de Barcelona (rec. 153/2002), de 5 de marzo de 2004: «En las actuaciones resulta prueba suficiente que acredita la modificación y/o alteración de la obra de techno-dance denominada Guitar Spell. No solo las ***tres pruebas periciales*** *(correctamente valoradas en la resolución combatida de acuerdo con los criterios establecidos normativamente) coinciden en sus conclusiones sino que el* ***llamado test del oyente medio,*** *que en las presentes actuaciones, resulta de la práctica de la prueba de reconocimiento judicial se aprecia la existencia de un aumento (una aceleración) de la fuerza rítmica de la obra musical original cuya alteración, sin embargo, no impidió a los peritos una identificación entre las obras escuchadas y analizadas (esto es, la de los actores y las distribuidas por la demandada)».*
147. Definición de la Real Academia Española: *http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=tMEhYK41MDXX2KKKu3PW* (Última fecha de acceso: 30 de octubre de 2014).

Una vez analizada la importancia práctica que tiene que una obra sea protegida, como tal, por derechos de autor y estudiada la problemática que plantea su determinación, sobre todo en relación con creaciones que, a pesar de ser aplaudidas en el mundo del arte, a nivel jurídico no dejan de ser meras presentaciones de objetos ya existentes en la naturaleza o simples ideas exentas de protección, podemos llegar a la conclusión de que no todas las obras de arte, por el hecho de ser tales, son obras protegidas por la propiedad intelectual.

Sólo son obras, en el sentido de la Ley, aquellas creaciones humanas que, habiendo superado el mundo de las ideas, cumplen con el frecuentemente controvertido criterio de la originalidad.

Originalidad que sólo podrá manifestarse si el autor ha gozado de cierto margen de libertad, pudiendo tomar decisiones a lo largo de su proceso creativo, y para cuya determinación resultan intrascendentes una serie de cuestiones relacionadas con la obra (valor, calidad, extensión, grado de finalización técnica, etc.), con el autor (edad, profesión, etc.) y con factores externos (registro, protección por otros derechos).

Grado de originalidad que determina, en multitud de ocasiones, la decisión final sobre el acceso de una obra de arte al mundo de los derechos de autor y que se exige en su más básica expresión, siendo incluso protegibles las denominadas obras menores.

En relación con la última pregunta que nos planteábamos en las páginas iniciales del presente estudio, en relación con el sujeto competente para la catalogación del arte como obra protegida y, sabiendo que la línea definitoria que dibuja la Ley es, en cierto grado, indeterminada y difusa, llegamos a la conclusión de que son los jueces quienes, ayudados principalmente por informes de expertos en la tipología concreta de creaciones en conflicto, deciden si una obra de arte determinada puede, o no, ser protegida por derechos de autor.

8. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

Álvarez de Benito, P.: *Obligaciones del autor en el contrato de edición*. Ed. Reus. Madrid, 2003.

Amat Llari, M. E.: «La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España», en *La protección de las ideas*. Jornadas de Estudio de *ALAI* (Association Litteraire et Artistique Internationale). Sitges, 1992, pp. 107-113.

Anguita Villanueva, L. A. y Ayllón Santiago, H. S.: *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad intelectual*. Ed. Reus. Madrid, 2008.

Azcárate Ristori, J. M.; Pérez Sánchez, A. E. y Ramírez, J. A.: *Historia del Arte*. Ed. Anaya. Madrid, 2000.

Azcárate Ristori, J. M.: *Consideraciones sobre el estilo artístico.* Colegio Mayor Marqués de la Ensenada. Madrid, 1973.

Baylos Corroza, H.: *Tratado de Derecho Industrial– Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual,* Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal. Ed. Civitas. Madrid, 1993.

Beier, F. K. y Strauss, J.: *Der Schutz wissenschaftlicher Forschungsergebnisse.* Verlag Chemie GmbH. Weinheim, 1982.

Bercovitz Álvarez, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor.* Ed. Tecnos. Madrid, 1997.

Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: «Discurso de presentación del Congreso de *ALAI* del 4 al 7 de octubre de 1992 en Sitges», en *La protección de las ideas.* Jornadas de Estudio de *ALAI.* Sitges, 1992, pp. 29-36 y 45-46.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Manual de Propiedad Intelectual.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.

– (Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.* Ed. Tecnos. Madrid, 2007.

Berking, C.: «Kein Urheberrechtsschutz für Fernsehshowformate? Anmerkung zum Urteil des BGH "Sendeformat"», en *GRUR* 2004, pp. 109-111.

Bettinger, T.: *Der Werkbegriff im spanischen und deutschen Urheberrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung.* CH Beck. München, 2001.

Binder, A. y Kosterhon, F.: *Urheberrecht für Architekten und Ingenieure.* CH Beck. München, 2003.

Bindhardt, H.: *Der Schutz von in der Popularmusik verwendeten elektronisch erzeugten Einzelsounds nach dem Urheberrechtsgesetz und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.* Peter Lang. Frankfurt am Main, 1998.

Böger, S.: *Leistungsschutzrechte von Zeitungs– und Zeitschriftenverlagen im Zeitalter der Digitalisierung.* Deutscher Bundestag. Berlín, 2009.

Bondía Román, F.: *Propiedad Intelectual: Su significado en la sociedad de la información.* Ed. Trivium. Madrid, 1988.

Brockmann, D.: *Volksmusikbearbeitung und Volksmusikschutz im Licht der Urheberrechtsnovelle 1985.* Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1998.

Bruchhausen, K.: «Die Revisabilität der Begriffe "persönliche geistige Schöpfungen", "eigentümliche Erzeugnisse", "auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen" und "auf einem erfinderischen Schritt beruhen"», en *FS für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm.* Carl Heymanns Verlag. München, 1990, pp. 353-367.

Bullinger, W. y Garbers-von Boehm, K.: «Der Blick ist Frei. Nachgestellte Fotos aus urheberrechtlicher Sicht», en *GRUR* 2008, pp. 24-30.

Bullinger, W.: «Urheberrechtlicher Originalbegriff und digitale Technologien» en *KUR* 4, 2006, pp. 106-112.

Carrancho Herrero, M. T.; Vicente, E. y De Román, R. (Coords.): I*ngeniería y Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Madrid, 2009.

Carriere, L.: *Work includes title: Some comments on a neglected copyright definition*. LEGER ROBIC RICHARD, Lawyers. Quebec, 2003.

Cascudo, T.: *El arreglo como obra musical*. Fundación Juan March. Madrid, 2010.

Castán Pérez-Gómez, A.: *El plagio y otros estudios de derecho de autor*. Ed. Reus. Madrid, 2009.

– «El plagio de formatos de programas de televisión», en Rogel Vide, C. (Coord.): *Creaciones Audiovisuales y Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Madrid, 2001.

Castilla Barea, M. (Coord.): *El flamenco y los derechos de autor*. Ed. Reus. Madrid, 2010.

Colin, C. y Francquen, A.: «Questionnaire– Boundaries and Interfaces. Belguian Group», en *ALAI* 2011– Dublin Congress. Dublín, 2011.

Csoport, D.: *Rechtsschutz für Kunstschaffende im schweizerischen und internationalen Urheberrecht*. Dike Verlag. Zürich, 2008.

Czernik, I.: *Die Collage in der urheberrechtlichen Auseinandersetzung zwischen Kunstfreiheit und Schutz des geistigen Eigentums*. De Gruyter Recht. Berlin, 2008.

Decker, A. J.: *Der Neuheitsbegriff im immaterialgüterrecht*. Verlag V. Florentz GmbH. München, 1989.

Degmair, S.: «Die Schutzfähigkeit von Fernsehshow-Formaten nach dem spanischen Urheberrecht», en *GRUR* Int 2003, pp. 204-210.

Di Lella, M. y Aoun, A.F.: «Questionnaire– Boundaries and Interfaces. Argentinian Group», en *ALAI* 2011– Dublin Congress. Dublín, 2011.

Dietz, A.: *El derecho de autor en España y Portugal*. Colección de Análisis y Documentos. Ministerio de Cultura. Madrid, 1992.

Domínguez Luelmo, A.: *La hipoteca de Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Madrid, 2006.

Dortmund, F. T.: «Alter Hut bleibt in Mode-Rechtliche Aspekte des Samplings im Bereich der sog. Dancemusic», en *ZUM* 2011, pp. 49-60.

Dreier, T. y Schulze, G.: *Urheberrecht,* CH.Beck. München, 2008.

– *UrhG-Kommentar*. CH Beck. München, 2008.

ECK, M.: *Neue Wege zum Schutz der Formgebung*. Carl Heymanns Verlag KG. München, 1993.

ECKHARD, F.: *Der Werkbegriff der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst – Zugleich ein Beitrag zum Problematik der Werkqualität von Tonträgern*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1993.

EMBORG BÜNEMANN, H.: «Copyright Law Protects Design», en *http://www.dcdr.dk/uk/Menu/Update/Webzine/Articles/Copyright+Law+Protects+Design* (última fecha de acceso: 9 de abril de 2012).

ENGISCH, I.: «Zur Relativität des Werkbegriffs», en *FS für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm*. Carl Heymanns Verlag. München, 1990, pp. 369-387.

ERDMANN, W.: «Schutz der Kunst im Urheberrecht», en *FS für Otto Friedrich Frhr v. Gamm*. Carl Heymanns Verlag. München, 1990, pp. 389-404.

– «Schutz von Werbeslogans», en *GRUR* 1996, pp. 550-558.

ESCHMANN, S.: *Rechtsschutz von Modedesign*.Stämpfli Verlag AG. Bern, 2005.

ESPÍN ALBA, I. «La originalidad en la protección de las obras fotográficas» en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XX, 1999, pp. 123-140.

– *Contrato de edición literaria*. Ed. Comares. Granada, 1994.

ESTEVE, A.: «Das Multimediawerk in der spanischen Gesetzgebung», en *GRUR* Int 1998, pp. 858-870.

FAHSE, H.: «Artikel 5 GG und das Urheberrecht der Architektur-Professoren», en *GRUR* 1996, pp. 331-338.

FALLERT, N. «Definitionskompetenz – Wer entscheidet, was als Kunst gilt?» en *GRUR* 2014, pp. 719-724.

FERNÁNDEZ ARIAS SHELLY, C.: *Contrato de edición y su práctica jurídica*. Ed. Dijusa. Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ MASIA, E.: *La protección de los programas de ordenador en España*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

FEZER, K. H.: *Markenrecht*. C.H. Beck. München, 2009.

FLECHSIG, N. P.: «Formatschutz und Anforderungen an urheberrechtlich geschütztes Werkschaffen – Zum Urteil des BGH in Sachen "Kinderquatsch mit Michael"», en *ZUM* 2003, pp. 767-770.

FRANZ, E.: *Der Wekbegriff der Berner übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst*. Nomos Verlagssgesellschaft. Baden-Baden,1993.

FRANZEN, J. H./GÖTZ VON OLENHUSEN, A.: «Lichtbildwerke, Lichtbilder und Fotoimitate, Abhängige Bearbeitung oder freie Benutzung?», en *UFITA* 2007, Band II, pp. 435-480.

Fröhlich, A. P.: *Der Schutz von baulichen Schöpfungen durch das deutsche Urheberrecht und das US-Copyright Law – Ein Rechtsvergleich*. Peter Lang. Frankfurt am Main, 2005.

Fröhlich, M.: *Zentrale Institutionen des deutschen Urheberrechts und des französischen Droit d'auteur auf dem Prüfstand der elektronischen Netzwerke*. Ed. Peter Lang. Frankfurt am Main, 2001.

Fromm, F. K. y Nordemann, W.: *Urheberrecht – Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*. Verlag W. Kohlhammer. Stuttgart, 1998.

Fuchs, C.: *Avantgarde und erweiterter Kunstbegriff*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 2000.

Fuchs, U.: *Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung*. CH Beck. München, 1996.

V. Gamm, E.-I.: *Die Problematik der Gestaltungshöhe im deutschen Urheberrecht. Nomos Verlagsgesellschaft*. Baden-Baden, 2004.

García, C.: Objeto y sujeto del derecho de autor. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

García Rubio, M. P.: «El concepto de obra audiovisual en el artículo 86 y concordantes de la ley de propiedad intelectual», en Rogel Vide, C. (Coord.): *Creaciones Audiovisuales y Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Madrid, 2001.

Gaya Sicilia, R.: «Comentarios al artículo 65» en Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Tecnos. Madrid, 1989.

Geiger, C. y Engelhardt, T. y Hansen, G. y Markowski, K.: «Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog – Impulse für eine europäische Rechts-harmonisierung», en *GRUR* Int 2006, pp. 475-496.

Geller, P. A.: «Die Auflösung des Geistigen Eigentums», en *GRUR* Int 2006, pp. 273-277.

Girth, P.: *Individualität und Zufall im Urheberrecht*. J. Schweitzer Verlag. Berlin, 1974.

Giuriati, D.: *El plagio*. Ed. Analecta. Pamplona, 2004.

Goldmann, B. C.: «Das Urheberrecht an Bauwerken– Urheberpersönlichkeitsrechte des Architekten im Konflikt mit Umbauvorhaben», en *GRUR* 2005, pp. 639-646.

Goldschmidt, A. y Laube, M.: *Zum Werkbegriff im Tanzschaffen. Verband der Theaterschaffenden der Deutschen Demokratischen Republik*. Berlín, 1975.

Götting, H.-P.: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Prüfe dein Wissen: Rechtsfälle in Frage und Antwort*. CH. Beck. München, 2008.

Gounalakis, G.: «Urheberschutz für die Bibel?», en *GRUR* 2004, pp. 996-1001.

Graf Fringuelli, P.: *Internet-TV*. Peter Lang. Frankfurt am Main, 2004.

Greffe, F.: «Das Prinzip der «Einheit der Kunst» und die Schutzvoraussetzungen für Geschmacksmuster nach französischem Recht: Drei Entscheidungen zum Code de la propriéte intellectuelle, Art. L. 111-1 ff. Und L.511-1 ff», en *GRUR* Int 1999, pp. 605-609.

Grunert, E. W.: *Werkschutz contra Inszenierungskunst– Der urheberrechtliche Gestaltungsspielraum der Bühnenregie*. CH Beck. München, 2002.

Gutsche, K. M.: *Urheberrecht und Volksmusik. Die volksmusikalische Bearbeitungen und ihre Rechtswahrnehmung durch die GEMA*. Berlin Verlag, Arno Spitz GmbH. Berlin, 1996.

Haberstumpf, H. y Hintermeier, J.: *Einführung in das Verlagsrecht*. Darmstadt, 1985.

Haberstumpf, H.: *Handbuch des Urheberrechts*. Ed. Luchterhand. Neuwied, 2000.

– *Zur Individualität wissenschaftlicher Sprachwerke*. Hochschule Verlag. Freiburg, 1982.

Hamann, W.: *Der urheberrectliche Originalbegriff der bildenden Kunst – Unter besonderer Berücksichtigung grafischer Vervielfältigungsarten*. Peter D. Lang. Frankfurt am Main, 1980.

Handig, C.: «Was ist "eine geistige Schöpfung des Urhebers"? Ein auslegungsbedürftiger Werkbegriff des europäischen Urheberrechts», en *UFITA Band* 2009/I, pp. 55-70.

Hanser-Strecker, P.: «Die vielen Gesichter der Musik – Zum grafischen Schutz von Werken der Musik in Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht», en *FS für Reinhold Kreile* zum 65. Geburtstag. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1994, pp. 269-279.

Hauck, R.: «Urheberrechtsschutz für Wertermittlungsgutachten?», en *ZUM* 2011, pp. 542-549.

Häuser, M.: *Sound und Sampling – Der Schutz der Urheber, ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller gegen digitales Soundsampling nach deutschem und US-amerikanischem Recht*. CH Beck. München, 2002.

Heim-Naters, E.: *Die statistische Einmaligkeit im Urheberrecht de lege lata und de lege ferenda*. Buchdruckerei Oberwallis Naters. Freiburg, 1971.

Heinkelein, M. y Fey, C.: «Der Schutz von Fernsehformaten im deutschen Urheberrecht. Zur Entscheidung des BGH: "Sendeformat"», en *GRUR* Int 2004, pp. 378-390.

Heinkelein, M.: *Der Schutz der Urheber von Fernsehshows und Fernsehshowformaten*. Ed. Nomos. Baden-Baden, 2004.

Heker, H. G.: *Der urheberrechtliche Schutz von Bühnenbild und Filmkulisse*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1990.

Hertin, P. W.: «Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Werbeleistungen unter besonderer Berücksichtigung von Werbekonzeptionen und Werbeideen – Zugleich eine Auseinandersetzung mit Schricker» en *GRUR* 1997, pp. 799– 816.

Hughes, J.: *Size matters (or should) in copyright Law*. Fordham Law Review. New York, 2005, pp. 575-637.

Huidobro Salas, T.: *Una definición de la creatividad a través del estudio de 24 autores seleccionados*. Ed. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2002.

Ilzhöfer, D.: *Patent–, Marken– und Urheberrecht*. Verlag Vahlen. München, 2005.

Ineichen, M.: *Das urheberrechtlich geschützte Werk als Zeichen für Waren und Dienstleistungen*. Stämpfli Verlag. Bern, 2002.

Jacobs, R.: «Die Urheberrechtsfähigkeit von Sendeformaten», en FS für Peter Raue. Carl Heymanns Verlag. München, 2006, pp. 499-513.

Jensen, P. M.: *Television Format Adaptation in a transnacional perspective*. Aarhus University. Denmark, 2007.

Kallinikou, D.; Stavridou, S.; Despotidou, A. y Vagena, E.: «Questionnaire– Boundaries and Interfaces. Hellenic Group», en *ALAI* 2011– Dublin Congress. Dublín, 2011.

– «European Originality: A Copyright Chimera», en *Intellectual Property and Information Law– Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*. Ed. Kluwer. La Haya, 1998, pp. 201-209.

Karnell, G. W. G.: «Derecho de autor y derecho de patentes: ¿un matrimonio feliz o demasiado tarde para un divorcio?», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XX. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1999.

Killian, W.: «Entwicklungsgeschichte und Perspektiven des Rechtsschutzes von Computersoftware in Europa», en *GRUR* Int 2011, pp. 895-901.

King, J.: *What is Creativity? Originality, Art & Invention*. Light Press. Reading, 2011.

Knöbl, H.P.: *Die «kleine Münze» im System des Immaterialgüter – und Wettbewerbsrechts– Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*. Verlag Dr. Kovac. Hamburg, 2002.

Koch-Krumrei, M.: *Der urheberrechtliche Schutz wissenschaftlicher Werke in Deutschland und Frankreich – Eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Verlag V. Florentz. München, 1991.

Koschtial, U.: «Zur Notwendigkeit der Absenkung der Gestaltungshöhe für Werke der angewandten Kunst im deutschen Urheberrecht», en *GRUR* 2004, pp. 555-560.

Krumow, S.: *Der Schutz artistischer und sportlicher Leistungen in den Mitgliedstaaten der EU*. Mensch & Buch Verlag. Berlin, 2005.

Kummer, M.: Das urheberrechtlich schützbare Werk. Stämpfli-Verlag. Bern, 1968.

Lasarte Álvarez, C.: «Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor, en Diario La Ley nº 6951 mayo 2008.

– *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil IV*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2010.

Leistner, M.; Koof, A.; Kleinemenke, M. y Koroch, S.: «Questionnaire– Boundaries and Interfaces. German Group», en *ALAI* 2011– Dublin Congress. Dublín, 2011.

León, B. (Coord.): *Telerrealidad. El mundo tras el cristal*. CS. Ediciones y Publicaciones. Sevilla, 2009.

Liebscher, C.: *Der Schutz der Melodie im deutschen und im amerikanischen Recht*. Peter Lang. Frankfurt am Main, 2007.

Loewenheim, U.: «Die urheberrechtliche Stellung der Szenenbildner, Filmarchitekten und Kostümbildner», en *UFITA* 126, 1994, pp. 99-149.

– «Harmonisierung des Urheberrechts in Europa», en *GRUR* Int 1997, pp. 285-292.

– «Höhere Schutzuntergrenze des Urheberrechts bei Werken der angewandten Kunst?», en *GRUR* Int 2004, pp. 765-767.

López Sánchez, C.: *La transformación de la obra intelectual*. Ed. Dykinson. Madrid, 2008.

Lubberger, A.: «Technische Konstruktion oder künstlerische Gestaltung? – Design zwischen den Stühlen», en FS für Willi Erdmann. Carl Heymanns Verlag. Berlin, 2002, pp. 145-163.

Lutz, M. J.: *Die Schranken des Urheberrechts nach schweizerischem Recht*. Verlag P.G. Keller. Winterthur, 1964.

Marsillach, A.: «La obra literaria y la obra teatral», en *Jornadas sobre los derechos intelectuales del Director de escena*. AISGE. Madrid, 2001.

Morales Nieves, E.: «Insuficiencias estéticas de la idea de originalidad» en *Revista Islas*. nº abril-junio 2000, pp. 3-11.

Moser, R.: *Der urheberrechtliche Schutz von wissenschaftlich technischen Darstellungen in Deutschland und Großbritannien*. Verlag V. Florentz. München, 1986.

Movsessian, V. y Seifert, F.: *Einführung in das Urheberrecht der Musik*. Florian Noetzel-Heinrichshofen Bücher. München, 1995.

Moya Méndez, M.: «La originalidad en el arte. Aproximación al concepto de Hauser», en *Revista Islas*. nº julio-septiembre 2001, pp. 95-101.

Müller, S.: *Das neue spanische Urheberrecht im Vergleich zum deutschen Recht unter besondereer Berücksichtingung der europäischen*. Verlag V. Florentz GmbH. München, 1997.

Neumeister, A. y Gamm, E. I.: «Ein Phönix: Das Urheberrecht der Architekten», en *NJW* 2008, pp. 2678-2683.

Norbert, P. F.: «Formatschutz und Anforderungen an urheberrechtlic heschütztes Werkschaffen. Zum Urteil des BGH in Sachen «Kinderquiatsch mit Michael"», en *ZUM* 2003, pp. 767-770.

Nordemann, A.: *Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1992.

Nordemann, W.: «Forma e idea en el derecho de autor», en *La protección de las ideas*. Jornadas de Estudio de *ALAI* (Association Litteraire et Artistique Internationale). Sitges, 1992, pp. 67-71.

– «Ist Martin Luther noch geschützt? Zum urheberrechtlichen Schutz revidierter Bibeltexte», en *FS für Ralf Vieregge zu* 70. Geburtstag. Walter de Gruyter. Berlin, 1995, pp. 677-691.

– Urheberrecht. Verlag W. Kohlhammer. Stuttgart, 1998.

O'Callaghan Muñoz, X. (Coord.): *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*. Ed. Dykinson. Madrid, 2011.

Obergfell, E. I.: «Tanz als Gegenwartskunstform im 21. Jahrhundert», en *ZUM* 2005, pp. 621-627.

Oechsler, J.: «Die Idee als persönliche geistige Schöpfung. Von Fichtes Lehre vom Gedankenigentum zum Schutz von Spielideen», en *GRUR* 2009, pp. 1101-1107.

Oelschlägel, K. G. H.: *Der Titelschutz von Büchern, Bühnenwerke, Zeitungen und Zeitschriften*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1997.

Oman, R.: *The report of the register of Copyrights on works of architecture*. US Copyright Office. Library of Congress. Washington, 1989.

Ort, S.: *Urheber– und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing*. Richard Boorberg Verlag. Stuttgart, 2004.

Ortega Domenech, J. (Coord.): *Cuestiones actuales de la propiedad intelectual*. Ed. Reus. Madrid, 2010.

– (Coord.): *Ideas, bocetos, proyectos y derechos de autor*. Ed. Reus. Madrid, 2011.

– *Arquitectura y derecho de autor*. Ed. Reus. Madrid, 2005.

– *Obra Plástica y Derechos de Autor*. Ed. Reus. Madrid, 2000.

Parchomovsky, G./Stein, A. «Originality», en *Selected Works of Alex Stein. Virginia Law Review*. En *http://works.bepress.com/alex_stein/14* (última fecha de acceso: 9 de abril de 2012).

Pauly, H.: «Urheberrechtliche Schutzvoraussetzungen von Bauwerken», en *NZ-Bau* 2011, pp. 645-650.

Pérez de Castro, N.: *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*. Ed. Reus. Madrid, 2001.

Prieto de Pedro, J.: «El sistema español de bibliotecas», en Muñoz Machado, S. *Comentarios a la ley de la lectura, del libro y de las bibliotecas*. Ed. Iustel. Madrid, 2008, pp. 307-351.

Pohl, B.: *Abstracts und andere Inhaltsmitteilungen im Urheberrecht*. Universität Osnabrück. Osnabrück, 2006.

Rams Albesa, J.: *Siete estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual*. Ed. Reus. Madrid, 2010.

Rascher, A. F. G.: *Für ein Urheberrecht des Bühnenregisseurs*. Nomos Verlag. Baden-Baden, 1989.

Rau, G.: *Antikunst und Urheberrecht– Überlegungen zum urheberrechtlichen Werkbegriff*. J. Schweitzer Verlag. Berlin, 1978.

Raue, P.: «EVA & ADELE – der Mensch als "werk" im Sinne des Urheberrechtes», en *GRUR* 2000, pp. 951 y ss.

Real Márquez, M.: *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*. Universidad de Alicante. Alicante, 2001.

Reglero Campos, F.: *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2002.

Rehbinder, M.: *Urheberrecht*. CH Beck. München, 2008.

Reinfeld, T.: *Der Schutz von Rhythmen im Urheberrecht*. V&R Unipress. Göttingen, 2006.

Reupert, C.: *Der Film im Urheberrecht – Neue Perspektiven nach Hundert Jahren Film*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1995.

Ricketson, S.: *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1886-1986*. Centre for Commercial Law Studies. Londres, 1987.

Riesenhuber, K.: «§5 Der Schutzgegenstand und die Rechtsinhaber» en *Systembildung im europäischen Urheberrecht*. Gruyter Rechtswissenschaften Verlags GmbH. Berlín, 2007, pp. 134-142.

Rodríguez Tapia, J. M./Bondía Román, F.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Civitas. Madrid, 1997.

Rogel Vide, C. (Coord.): *Interpretación y Auditoría*. Ed. Reus. Madrid 2004.

– (Coord.): *Los límites del derecho de autor*. Ed. Reus. Madrid 2006.

– «Cuestiones y problemas en torno a la propiedad intelectual» en *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*. Volumen Tercero. Ed. Reus. Madrid, 2009.

– *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Ed. Tecnos. Madrid, 1984.

Rogel Vide, C./Serrano, E.: *Manual de Derecho de Autor*. Ed. Reus. Madrid, 2008.

Roland Peter Saul, M. A.: *Überlegungen zum Immaterialgüterrecht für Werke der Musik im Bezug auf deren schöpferisches Niveau und eine Abstufung des rechtlichen Schutzes*. Ed. Universität Hamburg. Hamburgo, 2007.

Román Pérez, R.: *Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías*. Ed. Reus. Madrid, 2003.

Ruipérez de Azcárate, Clara: *Las obras del espíritu y su originalidad*. Ed. Reus. Madrid, 2012.

Sack, P.: «Der Begriff des Werkes – ein Kennzeichnungsträger ohne Küntur? Zugleich eine Stellungnahme zur Werkeigenschaft von Software», en *GRUR* 2001, pp. 1095-1101.

Salokannel, M.: *Ownership of rights in audiovisual productions: a comparative study*. Kluwer Law International. The Hague, 1997.

Samuelson, P.: *Why Copyright Law Excludes Systems and Processes from the Scope of Its Protection*. Berkeley Center for Law and Technology. Berkeley, 2007.

Sánchez Aristi, R.: «Las ideas como objeto protegible por la propiead intelectual», en pe. i. *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 4. enero-abril de 2000, pp. 25– ss.

– *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*. Ed. Comares. Granada, 2005.

Sanchís Martínez, M. T.: *Derechos de autor, digitalización e Internet*. Ed. Universitas. Madrid, 2004.

Sattler, H.: «Das Sakrileg ein Plagiat? Zugleich ein Beitrag zum Schutz des Werkinhalts nach britischem und deutschem Urheberrecht», en *ZUM* 2006, pp. 612-619.

Sauer, K.M.: *Neue Wege im Designschutz. Oldenburger Verlag für Wirtschaft, Informatik und Recht*. Edewecht, 2007.

Schack, H.: «Kunst als Marke – Marke als Kunst», en *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes*. FS für Manfred Rehbinder. CH Beck. München, 2002, pp. 345-359.

– *Urheber– und Urhebervertragsrecht*. Mohr Siebeck. Tübingen, 2005.

Schaefer, K.: *Grundfragen des spanischen Urheberrechts im Vergleich zum deutschen Recht*. Verlag V. Florentz. München, 1981.

Schaefer, M.: *Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Werken der Gartengestaltung*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1992.

Schlatter-Krüger, S.: «Zur Urheberrechtsschutzfähigkeit choreographischer Werke in der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz» en *GRUR* Int. 1985, pp. 299-309.

Schmid, T. P.: *Urheberrechtliche Probleme moderner Kunst und Computerkunst in rechtsvergleichender Darstellung*. VVF. München, 1995.

Schmidt-Hern, K.: «Der Titel, der Urheber, das Werk und seine Schutzfrist – Zur BGH-Entscheidung "Winnetous Rückkehr"», en *ZUM* 2003, pp. 462– 467.

Schrader, P. T./Rautenstrauch, B.: «Urheberrechtliche Verwertung von Bildern durch Anzeige von Vorschaugrafiken (sog. «thumbnails») bei Internetsuchmaschinen», en *UFITA Band* 2007/ III, pp. 761-781.

Schricker, G.: «Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?», en *Wanderer zwischen Musik*, Politik und Recht FS für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1994, pp. 715-721.

– «Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen», en *GRUR* 1996, pp. 815-826.

– *Urheberrecht. Kommentar,* CH Beck. München, 2006.

V. Schoenebeck, A.: *Moderne Kunst und Urheberrecht – Zur urheberrechtlichen Schützfähigkeit von Werken der modernen Kunst*. Berliner Wissenschafts-Verlag. Berlin, 2003.

Schulze, G.: «Urheberrecht der Architekten-Teil1», en *NZBau* 2007, pp. 537-543.

Schricker, G.: «Werbekonzeptionen und Fernsehformate. Eine Herausforderung für den urheberrechtlichen Werkbegriff?», en *GRUR* Int 2004, pp. 923-927.

Serrano Fernández, M. (Coord.): *Fotografía y Derechos de autor*. Ed. Reus. Madrid, 2008.

Smiers, J.: *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*. Ed. Gedisa. Barcelona, 2006.

Staats, R.: *Aufführungsrecht und kollektive Wahrnehmung bei Werken der Musik*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 2004.

Sterling, J. A. L.: *Copyright Law in the United Kingdom*. Legal Books. London, 1986.

Stierle, K.: *Ästhetische Rationalität: Kunstwerk und Werkbegriff*. Wilhelm Fink Verlag. München, 1997.

Stim, R.: *Patent, Copyright & Trademark– An Intellectual Property Desk Reference*. Nolo. Berkeley, 2007.

Strasser, R.: *Die Abgrenzung der Laufbilder vom Filmwerk – Unter besonderer Berücksichtigung des urheberrechtlichen Werkbegriffs*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1995.

Straub, W.: «Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts», en *GRUR* Int 2001, pp. 1-8.

Stroh, H.: *Der Rechtsschutz von Musiknoten vor unerlaubter Vervielfältigung*. Berlin Verlag Arno Spitz. Berlin, 1995.

Strömholm, S.: «Spielraum, Originalität oder Persönlichkeit? Das Urheberrecht vor einer Wegwahl», en *GRUR* Int. 1996, pp. 529-533.

Stutz, R. M.: *Individualität, Originalität oder Eigenart? Schutzvoraussetzungen des Design. Design als Werk der angewandten Kunst*. Stämpfli Verlag AG. Bern, 2002.

Susaeta, P.: «La obra musical. Consecuencias económicas jurídicas y creativas de la globalización y las nuevas tecnologías», en *Ekonomiaz* nº 51, 2002, pp. 111-125.

Thiele, M.: «Die Erstautorenschaft bei wissenschaftlichen Publikationen», en *GRUR* 2004, pp. 392-395.

Toca, A.: «Origen textil de la arquitectura», en *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, 2004. nº 85, pp. 61 y ss.

Troller, A.: «Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken», en *Recht und Wirtschaft heute*. Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer. Verlag Stämpfli. Bern, 1980, pp. 265-276.

Tyra, F.: «Alter Hut bleibt in Mode – Rechtliche Aspekte des Samplings im Bereich der sog. Dancemusic», en *ZUM* 2001, pp.49-60.

U.S. Copyright Office Llibrary of Congress: The Report of *The Register of Copyrights on Works of Architecture*. Washington D.C., 1989.

Ubertazi, L.C.: «Der Schutz der Fotografien in Italien», en *UFITA* 2001. Band I., pp. 111-135.

Ulmer, E.: *Urheber– und Verlagsrecht*. Springer Verlag. Berlin, 1980.

Vaidhyanathan, S.: *Copyrights and Copywrongs*. New York University Press. New York, 2001.

Valbuena Gutiérrez, J. A.: *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del Derecho de autor*. Ed. Comares. Granada, 2000.

Valdés Díaz, C./Rogel Vide, C. (Coords.): *Cultura popular y Propiedad Intelectual*. Ed. Reus. Madrid, 2011.

Valero Martín, E.: *Obras fotográficas y meras fotografías*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

Van der Laan, K.: «Triumph for Tripp Trapp Chair: Design Is Revolutionary After All», en *KVDL Newsletter* 2010.

Vega Vega, J. A.: *Derecho de autor*. Ed. Tecnos. Madrid, 1990.

Walravens, N.: *L'oeuvre d'art en droit d'auteur. Forme et originalité des oeuvres d'art contemporaines*. Ed. Economica. Paris, 2005.

Wanckel, E.: *Foto– und Bildrecht*. CH Beck. München, 2006.

Wandtke, A. A. (Coord.): *Urheberrecht*. De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag. Berlín, 2009.

– «Choreografische und pantomimische Werke und deren Urheber», en FS für Peter Rau. Carl Heymanns Verlag. München, 2006, pp. 745-754.

– «Copyright oder Droit d'auteur im technologischen Zeitalter», en *Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes*. FS für Mahnfred Rehbinder. CH Beck. München, 2002, pp. 389-404.

– *Copyright und virtueller Markt oder Das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne*. Humboldt Universität. Berlín, 2001.

Wandtke, A. A./Bullinger, W.: *Urheberrecht*. CH. Beck. München, 2006.

Wandtke, A. A./Gerlach, F.-T.: «Urheberrechtlicher Schutz von Werbensprüchen in der Vergangenheit und Gegenwart», en *ZUM* 2011, pp. 788-795.

Zech, S. *Der Schutz von Werken der angewandten Kunst im Urheberrecht Frankreichs und Deutschland*. CH Beck. München, 1999.

El delito de plagio en la obra artística: análisis jurídico-histórico

Mª ÁNGELES CASABÓ ORTÍ
Abogada, Doctora en Derecho y Licenciada en Historia del Arte

«El falso no es un falso hasta que no es reconocido como tal, no pudiéndose de hecho considerar la falsedad como una propiedad inherente del objeto»
CESARE BRANDI

«Los buenos artistas copian, los genios roban»
PABLO PICASSO

«Toda obra de arte, y no mostrenca como es el arte decorativo, es ante todo "un trozo de la vida del hombre"»
ORTEGA Y GASSET

SUMARIO: ABREVIATURAS. 1. DETERMINACIONES PREVIAS. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. 1.1. *Breve descripción del funcionamiento del mercado del arte.* 1.2. *El mercado del arte español.* 2. CONCEPTO DEL PLAGIO DE OBRAS ARTÍSTICAS. SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. 2.1. *El bien jurídico protegido.* 2.2. *Elementos típicos del delito de plagio en obras artísticas.* 2.2.1. El ámbito del sujeto activo del delito: el autor del delito. 2.2.2. El sujeto pasivo del delito; en especial, el autor de la obra. 3. CONDUCTA TÍPICA: MODALIDADES, ELEMENTOS Y ALCANCE DE LOS VERBOS TÍPICOS. 3.1. *Plagiar obras artísticas.* 3.2. *Reproducir.* 3.3. *Distribuir.* 3.4. *Transformación, interpretación.* 3.5. *Ánimo de lucro.* 4. OBJETO MATERIAL DEL DELITO: OBRAS ARTÍSTICAS. 4.1. *Delimitación del concepto.* 4.2. *Concepto jurídico: normativa base aplicable.* 4.3. *Concepto estético e histórico.* 5. CONCEPTO DE ORIGINAL, COPIA Y OTROS CONCEPTOS AFINES. 5.1. *Concepto jurídico.* 5.2. *Concepto estético e histórico.* 6. EL RESULTADO TÍPICO: «EN PERJUICIO DE TERCERO». 7. RELACIONES DE CONCURSO. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA. 10. HEMEROGRAFÍA. 11. ANEXO.

ABREVIATURAS

ABREVIATURA	DISPOSICIÓN
CCiv	Código Civil
CP/1995	Código Penal de 1995

ABREVIATURA	DISPOSICIÓN
CP/1973	Código Penal de 1973
CE	Constitución Española
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
RAE	Real Academia de la Lengua

1. DETERMINACIONES PREVIAS. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

A través del presente trabajo se investiga la regulación del Código Penal español (CP/1995) relativa al plagio en obras de arte u obra artística. Este estudio tiene pues como objeto indagar cuáles son los presupuestos necesarios para determinar en que momento nos encontramos frente al delito de plagio del artículo 270 CP/1995. Ello será posible si estudiamos sus alcances y sobre todo, a quién afecta este fenómeno. Esta exposición y examen del Derecho Penal no queremos que sea un mero resultado teórico de un análisis dogmático, sino que pretendemos la exploración de la realidad subyacente llena de cuestiones empíricas y observaciones político-criminales. No podemos olvidar que el Derecho es una importante herramienta de cambio social y debe proporcionar respuesta a las nuevas necesidades que se plantean en la sociedad, de una forma adecuada, lógica y justa, acorde con la propia naturaleza del hombre.

Afirma Umberto Eco que «todo el mundo sabe qué es una falsificación, una imitación o un documento falso. A lo sumo, se admite que con frecuencia es difícil reconocer una falsificación como tal, pero entonces nos ponemos en manos de expertos, es decir, de quienes son capaces de reconocer las falsificaciones simplemente porque saben cómo distinguir la diferencia entre una falsificación y su original. De hecho las definiciones de términos como falso, imitación (...) y demás son bastante controvertidas. Es razonable sospechar que muchas de las dificultades para definir estos términos se deban a la dificultad de definir la noción misma de "original" o de "objeto auténtico"»[1]. Como punto de partida es interesante esta afirmación del semiólogo italiano, en tanto que estos conceptos, van a venir marcados por una interpretación histórica y estética que se utilizará para la exégesis normativa.

La transversalidad de este análisis sobre Arte y Derecho nos permite abordar el objeto desde una doble perspectiva.

En primer lugar se analizará la normativa jurídica tanto de el Código Penal como la del Derecho privado, ya que al ser una norma penal en blanco, se asienta el principio de unidad del ordenamiento jurídico y, más concretamente, del ordenamiento penal.

1. Eco, U., *Los límites de la interpretación*. Barcelona, Lumen, 2000, p. 181.

En segundo lugar abordaremos también un análisis metajurídico para la definición de los conceptos más importantes.

Así, desde una diversificación en cuanto fuentes de conocimiento o triangulación metodológica jurídica, estética e histórica, se intentará buscar un diálogo entre distintas disciplinas jurídicas e histórico-artísticas. Se pretende de esta forma evitar la parcialidad con que cada disciplina ha pretendido acercarse exclusivamente a una parte del saber, olvidando todo el conjunto del que forma parte esencialmente.

Consideramos esencial para poder hacer una exégesis del Código Penal hacer una remisión a la historia del arte y a la estética para llenar el sentido de «obra de arte plagiada» que es la médula o eje muchas disputas judiciales. Pretendemos seguir las conexiones de estos campos, cambiando la lente una y otra vez, hasta percibir con nitidez el objeto en sus múltiples dimensiones, para llegar allí donde la respuesta no era demasiado convincente, o no encontraba justificación en el derecho positivo, o, simplemente, no existía.

Por tanto, en esta investigación vamos a analizar el concepto de «original» o de «objeto auténtico» poniéndolo en relación con el concepto de «autoría» y este a su vez con el de «plagio» y su protección en el Derecho Penal español.

Son escasas las contribuciones en la literatura que aborden el asunto de forma simultánea desde la doble perspectiva: jurídica e histórico-artística, por este motivo buscar soluciones doctrinales ha sido un reto y un estímulo en este estudio.

Se sostiene acertadamente que «el plagio constituye el más grave atentado al derecho de autor, pues en esencia significa desconocer la paternidad del autor, y por consiguiente, la relación que le une con la obra sustrayéndole a todo conocimiento e ignorándole toda aportación creativa»[2]. O como dice Quintano, citado por Gómez Benítez y Quintero Olivares, el plagio es el delito «capital» en materia de derechos (*sic*) de autor y equivale al de homicidio en los delitos contra las personas, pues mediante él «se suprime y aniquila al creador de la obra, poniéndolo a otro en su lugar. La obra permanece más o menos íntegra pero la persona de su autor desaparece[3].

Nuestro propósito es entender claramente qué es una obra de arte plagiada. Pretendemos la posibilidad de aplicación teórica que enlace ambas disciplinas con una visión muy contemporánea y de prospección futura y que tenga una aplicación práctica. Por tanto, esta publicación nos permitirá estar en condiciones de plantearnos en un futuro la posible introducción en el ordenamiento español de una regulación más específica.

---

2. Latorre Latorre, V., *Protección Penal del Derecho de Autor.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 175.
3. Gómez Benítez, J. M. y Quintero, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos.* Madrid, Civitas, 1988, p. 61.

1.1. BREVE DESCRIPCIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DEL ARTE

El delito de plagio se presenta en multitud de escenarios, pero el de obras artísticas suele aparecer en el mercado del arte. En este contexto, con sus particularidades y especificidades, han surgido conductas en las que el lugar de comisión de los delitos era a través del mercado del arte legal, en una galería de arte, en ferias y exposiciones nacionales y en el extranjero, etc. supuestos en que el comercio lícito se mezcla con el ilícito.

En el mercado del arte, el bien o servicio se compone de dos tipos de flujos de obras artísticas. En primer lugar, tenemos el flujo de las obras «antiguas», que son aquellas cuyos artistas no viven actualmente. Por tanto, solo es posible aumentarlo mediante la recuperación de obras que se encontraban perdidas. Las obras antiguas no constituyen un flujo de producción propiamente dicho, se trata más bien de un flujo de conservación, esto es, una corriente circular con algunas salidas (originadas por pérdidas y deterioros de obras) y con algunas entradas, a medida que los artistas vivos dejan de existir, y sus obras pasan a la categoría de «antiguas». De ahí, que la desaparición de un artista repercuta con frecuencia, en una revalorización de sus obras, ya que desaparece también el riesgo de una oferta autoimitativa más o menos prolongada en el tiempo. Sin embargo, existe un gran factor de inseguridad en el sentido de que nadie sabe, ni siquiera aproximadamente, cuántas obras han sido almacenadas por los propios artistas consagrados y por sus comerciantes de confianza. Se desconoce el número de obras que han salido de los estudios de los artistas. A la muerte de un artista, una salida excesiva de obra conllevaría una bajada de precios por el exceso de la oferta. Cada artista se expresa con su singularidad y esto es lo que se considera su «estilo» que lo diferencia de otros autores, y que suele consistir el tratamiento del espacio, color, forma, textura, valor y/o línea. El valor de cambio es un precio de equilibrio que se genera por el juego de la oferta y de la demanda, aunque el mercado del arte no sea perfectamente competitivo.

Dada la ausencia de un flujo de producción que alimente el mercado con las obras cuyos autores ya han fallecido, por su carácter semicerrado, este stock sólo es ampliable mediante copias o falsificaciones, que serán un medio de cometer una estafa en el mercado del arte. Los buenos falsarios acudirán a la hábil reproducción de obras desaparecidas pero reseñadas en inventarios o documentos de distinto tipo (al recurso del hallazgo de la obra perdida) o a la creación de objetos completamente nuevos pero adscribibles a un periodo o maestro determinado, captando el espíritu de la época o artista a falsificar y dotándoles de un pasado (mediante la creación del historial de la obra, es decir, su procedencia) para incorporarla a la lista de trabajos del pintor y dotarla de credibilidad. Como veremos después no todos estos casos se pueden adscribir en un delito contra la propiedad intelectual y no serán plagios.

1.2. EL MERCADO DEL ARTE ESPAÑOL

Dado que analizamos la regulación penal de protección de la Propiedad intelectual en el Derecho Penal español, consideramos interesante observar de forma breve, el mercado del arte en España[4]. El mercado profesional del arte funciona desde dos canales: el mercado primario, dominado por las galerías y los corredores de arte, y el mercado secundario o de reventa, encabezado por las casas de subastas y anticuarios.

Este en cuanto a sectores, el de las galerías es particularmente alto, con una cuota del 75% frente a las subastas. La mayor actividad tiene lugar en arte contemporáneo y particularmente en el mercado primario. En 2012, cerca del 98% de las ventas en subastas fueron inferiores a 50.000 € y el 95% del total de ventas se dieron en el sector de las galerías. Se trata, pues, de un mercado de precios bajos. En su conjunto, el mercado español está dominado por artistas españoles (centrarse en artistas locales es una característica común de mercados pequeños). Sin embargo, las obras de más valor se venden fuera de España, lo que provoca en el mercado interno una pérdida de valor agregado. A pesar de contar con artistas de gran renombre internacional (Miró, Picasso, Tàpies), la conclusión es que el mercado español es reducido.

Las galerías de arte contemporáneo suelen trabajar con obra de pintores vivos, con lo que las eventuales falsificaciones suelen ser detectadas por ellos mismos.

2. CONCEPTO DEL PLAGIO DE OBRAS ARTÍSTICAS. SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

2.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La ubicación sistemática de una determinada figura delictiva en la estructura del Libro segundo del Código Penal suele ser utilizada como indicador del bien jurídico que en ella se tutela, en tanto que una función del mismo es la de la sistematización de las distintas figuras delictivas.

Como ya hemos afirmado, el artículo 270 se encuentra en el Capítulo XI del Título XIII. El principal rasgo común que cabría señalar es la tutela del patrimonio como bien jurídico protegido, si bien es preciso aclarar que esta tutela presenta atributos claramente diferenciados en los distintos tipos. Así, por ejemplo, en los delitos relativos a la propiedad intelectual se protege de forma inmediata los derechos patrimoniales de carácter individual de los que son titulares sujetos que

4. Seguimos a McAndrew, C.: «El mercado global del arte en 2013. Líderes y rezagados», en *Círculo Arte y Mecenazgo, http://fundacionarteymecenazgo.org/wp-content/uploads/2013/07/ClareAndrew_sintesi_DEF_vAyM1.pdf* (15/10/2013).

concurren al mercado como productores de bienes o servicios, o derechos de la propiedad intelectual, esto es, el conjunto de derechos morales y de explotación pertenecientes al autor u otros titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, o de sus cesionarios, en los términos del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), y ello en relación con una obra literaria, artística o científica, entre las que se incluyen, entre otras, los dibujos, grabados y litografías, siempre que se traten indudablemente de creaciones originales.

Junto los daños materiales patrimoniales, en la propiedad intelectual también se protege la noción del «prestigio y reputación profesional» como bien jurídico vulnerable, indemnizable como daños morales. El bien jurídico protegido (intereses económicos del autor de una obra vinculados a su derecho a la explotación exclusiva de la referida obra) se lesiona o pone en peligro en función de la conducta típica que se realice.

Sin embargo, no se protege aquellos supuestos en los que se ataca el «buen nombre» del artista, que no constituye un bien jurídico protegido a través del citado tipo penal.

La finalidad del tipo penal es contribuir a la protección y efectividad de los derechos de Propiedad Intelectual, elevando a la categoría de delito las infracciones de tales derechos cuando concurre en ellos el doble elemento del ánimo de lucro y del perjuicio de tercero, sin los cuales las conductas típicas constituirían simples ilícitos civiles.

Otras sentencias hablan del bien jurídico plural:

> «El tipo delictivo tiene un bien jurídico plural porque se perjudica no solo a los titulares del derecho de propiedad intelectual sino también a la industria correspondiente, los intereses fiscales de Hacienda –que no obtiene determinada recaudación que razonablemente había de percibir– y los intereses de los consumidores –que no tienen asegurada la calidad del producto adquirido– SAP de 9 de octubre de 2013 (ARP 2013, 1453), SAP de 2 septiembre de 2008 (ARP 2009, 53)».

Evidentemente, el bien jurídico protegido no puede ser el mismo en la época en que la legislación penal al respecto seguía el sistema de la norma penal en blanco que en la época actual, en la que se ha concretado el tipo penal. Así pues, ya no puede decirse que la propiedad intelectual en todas y cada una de sus manifestaciones se encuentra protegida penalmente. Habrá aspectos que sólo merezcan y precisen una protección civil y, lógicamente, sólo los ataques más intolerables contra ciertos aspectos de la indicada propiedad pueden ser amparados por la legislación penal. Ahora bien, dicha protección no puede tener una traslación penal automática, ya que no cabe extender la protección que dispensa el Derecho Penal a toda infracción que se produzca en el ámbito de la propiedad intelectual, por aplicación del principio de intervención mínima: Así podemos

traer a colación las sentencias del TS de 4 de junio de 1992 (RJ 1992, 5446) y la SAP de 26 de octubre de 1999 (ARP 1999, 4621).

En la primera de ellas, nuestro Alto Tribunal recuerda que la protección de los derechos de autor se ejerce en una triple vertiente, no necesariamente concurrente, civil, administrativa y penal, subrayando que «la atracción a la órbita penal, más allá de los remedios de la jurisdicción civil y la intervención de la autoridad gubernativa, queda reservada para aquellos comportamientos más graves, por su entidad objetiva y subjetiva. Desde luego, lo que no se puede es criminalizar todas y cada una de las infracciones del derecho de autor, pues tal extensión constituiría un desorbitado proteccionismo penal, a todas luces excesivo».

Los derechos de Propiedad Intelectual están amparados principalmente en nuestro Derecho por el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI).

Esta normativa, que analizaremos posteriormente, sienta las bases del objeto de la Propiedad Intelectual, de los sujetos que pueden reclamar sus derechos, del contenido de dichas titularidades, y nos aproxima al conocimiento y protección de este Derecho como propiedad o dominio sobre bienes inmateriales, con toda su eficacia real.

El artículo 2 TRLPI señala el contenido de los derechos susceptibles de ser protegidos, al decir que son «los derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra sin más limitaciones que las establecidas en la Ley», aludiendo así al doble contenido de la propiedad intelectual, integrado por el aspecto espiritual o vínculo moral que liga la obra con su creador y del que dimanan una serie de facultades de carácter moral y que vienen delimitados por el artículo 14[5] TRLPI: divulgación de

5. SECCIÓN PRIMERA. Derecho moral. Artículo 14. Contenido y características del derecho moral
Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:
1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
6. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.
Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

la obra y en qué forma; si ha de hacerse con su nombre, con seudónimo o anónimamente; exigir el reconocimiento de su condición de autor; respeto a la integridad de la obra; posibilidad de modificación de la misma; retirar la obra del comercio, etc.

Los derechos morales se les reconocen a los artistas en el artículo 113 TRLPI, a cuyo tenor:

> «1. El artista intérprete o ejecutante goza del derecho irrenunciable e inalienable al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarlas, y a oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación.
>
> 2. Será necesaria la autorización expresa del artista, durante toda su vida, para el doblaje de su actuación en su propia lengua.
>
> 3. Fallecido el artista, el ejercicio de los derechos mencionados en el artículo 113.1 TRLPI artículo 113.1 TRLPI corresponderá sin límite de tiempo a la persona natural o jurídica a la que el artista se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad o, en su defecto, a los herederos.
>
> Siempre que no existan las personas a las que se refiere el párrafo anterior o se ignore su paradero, el Estado, las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimadas para ejercer los derechos previstos en él».

Se mantienen y aplican los presupuestos antes vistos en el artículo 14 del derecho moral de autor dejando constancia de la existencia de su transmisibilidad a quien hubiera dispuesto por testamento y luego a sus herederos, dejando primero a la vía de los actos de última voluntad como primera para la adquisición de los derechos morales de autor en cuanto disponibilidad para cederlo tras el fallecimiento del artista.

Probada la infracción del derecho de autor de Propiedad Intelectual la existencia del daño moral es inherente a esta infracción, la cual deberá ser cuantificada atendiendo a las circunstancias de cada caso. Interesante es a estos efectos la SAP de 30 de marzo de 2006 (AC 2006, 1622) en cuanto al uso de las obras pictóricas de Salvador Dalí para la promoción y decoración de un hotel. Se recoge así en la sentencia que:

> «Regula el artículo 14 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril artículo14 TRLPI, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales

7. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.
Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

vigentes sobre la materia los derechos irrenunciables e inalienables del autor de una obra intelectual, entre los cuales, se encuentra el decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma y exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

Es claro que las reproducciones y utilizaciones que ha realizado el demandado de la obra de Dalí ha infringido claramente los derechos morales de autor, como así ha reconocido el Juzgador de instancia. Como consecuencia de tal infracción el artículo 140.2 LPI establece que en caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra (en este sentido, Sentencias de AP Álava de 14 de junio de 2010 y del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Santander, de 30 de junio de 2009). Por lo tanto, el recurso del demandado debe ser rechazado pues la utilización de una obra de un autor que infringe sus derechos morales debe conllevar siempre la correspondiente indemnización. Por otro lado, no pueden compartirse sus argumentos de que es necesario una intención de dañar al autor, pues la Ley en absoluto lo exige, bastando con la existencia de la conciencia y la voluntad de utilizar la obra de un autor en beneficio propio y, ello queda plenamente acreditado, pues solicitó autorización de la actora para la utilización de varias obras de Dalí en la decoración del hotel y le fue denegado, por lo que al persistir en su conducta, aunque no sea íntegramente, debe confirmarse la sentencia en cuanto a este aspecto».

En este sentido, al defender con sanción penal los intereses individuales del autor, se protege también la riqueza cultural de la comunidad, ya que por su especial naturaleza, la obra deja de ser desde el momento de su publicación un bien exclusivamente privado –condición que presenta mientras se encuentra inédita– para convertirse en un bien de goce colectivo, no solo de un país sino del género humano. Por ello, el criterio de reprochabilidad seguido por el legislador al configurar este tipo de injusto está basado, como dice Delgado Porras, «en una supervaloración del elemento no patrimonial del bien jurídico protegido»[6].

2.2. ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE PLAGIO EN OBRAS ARTÍSTICAS

«De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores» es la rúbrica del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del CP, que comprende cuatro Secciones: (i) la 1ª, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual» –artículos 270 a 272 CP– (véase delitos relativos a la propiedad intelectual); (ii) la 2ª, «De los delitos relativos a la propiedad industrial» –artículos 273 a 277– (véase delitos relativos a la propiedad industrial); (iii) la 3ª, «De los delitos

6. Delgado Porras, A.: *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*. Madrid, Civitas, 1988, p. 123.

relativos al mercado y a los consumidores» –artículos 278 a 286– (véase delitos relativos al mercado y a los consumidores); y (iv) la 4ª, «Disposiciones comunes a las secciones anteriores» –artículos 287 y 288 CP–.

En concreto, la Sección 1ª, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual» (artículos 270 a 272 CP) el artículo 270 CP aparece con la siguiente redacción:

> «Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, *con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero,* reproduzca, *plagie,* distribuya o comunique públicamente, *en todo o en parte, una obra* literaria, *artística* o científica, *o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización* de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios».

El precepto penal indicado describe un elenco de conductas a modo de ley mixta alternativa: basta, por lo tanto, la realización de cualquiera de ellas para integrar el tipo de injusto. Así se lesiona cuando la conducta protagonizada conlleva actos de comercio, como la distribución o comunicación pública. Se pone en peligro cuando se produce la reproducción o el almacenamiento.

Añadiéndose en el apartado 1 del artículo 287, igualmente modificado por LO 15/2003 que:

> «1. Para proceder por los delitos previstos en la sección III de este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

El Artículo 272. 1 del Código Penal:

> «la extensión de la responsabilidad civil de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios».

El delito contra la propiedad intelectual tipificado en el artículo 270.1 CP. requiere (según entre otras, SAP Madrid de 21 diciembre 2007), pues:

> a) Una acción de reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de obra literaria, artística o científica, o de transformación, interpretación o ejecución de las mismas en cualquier tipo de soporte o su comunicación por cualquier medio, o su importación o almacenamiento.
>
> b) Carencia de autorización para cualquier clase de esas actividades concedida por los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, señalando la STS 1578/2002 que «la identificación de los titulares del derecho es esencial para comprobar si ésta otorgaría o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo».

c) Dolo, como conocimiento de los elementos objetivos del tipo y voluntad de realizar la conducta típica. Se precisa la realización intencionada de estas conductas con la concurrencia de dolo específico.

d) El ánimo de lucro es un elemento que en el actual código configura el tipo básico (anteriormente cualificaba el delito) en su vertiente subjetiva y delimita, junto con el perjuicio de tercero, el objeto de protección penal, que ahora se circunscribe al aspecto patrimonial de los derechos de propiedad intelectual.

Esta regulación protege el denominado derecho del autor sobre la obra literaria, artística o científica o derecho de propiedad intelectual, siendo la dinámica comisiva o acción muy variada aunque siempre se concreta en la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de la obra sin la autorización de los titulares STS de 19 de mayo de 2001 (RJ 2001, 9955), comunicación ésta que ampliamente se define en los artículos 19 y 20 del TRLPI.

Por tanto, en relación con el objeto de nuestro estudio encontramos el objeto de la Propiedad intelectual que es el *objeto artístico* y por otro lado la dinámica comitiva que es *plagiar,* así como su *transformación*.

Un comportamiento tendrá cabida en el artículo 270 CP cuando encuentre acomodo en alguna de las acciones descritas en el precepto –conforme al sentido literal posible asignable a los términos empleados para su descripción (dimensión formal a deslindar conforme a una interpretación lingüística)– y, además, conlleve una lesión o peligro del bien jurídico protegido (dimensión material a perfilar conforme a la interpretación teleológica). La dimensión formal requiere una acción contraria a la ley.

Por ello, un comportamiento puede integrar un ilícito civil o mercantil, infracción de la legislación específica en materia de propiedad intelectual, sin contener los elementos adicionales precisos para convertirlo en un ilícito penal, construcción respetuosa con la significación unitaria del ordenamiento jurídico y el carácter subsidiario del Derecho penal.

Sin duda el Derecho Penal trata de proteger la vulneración de bienes jurídicos garantizados por la ley, pero es una disciplina jurídica que exige mucha severidad en el rigor probatorio, toda vez que las consecuencias perniciosas que comporta así lo aconseja. Por lo tanto la afirmación de un tipo penal que protege la propiedad intelectual obliga por parte de las partes que acusan a una nitidez probatoria importante.

Indica la SAP de 3 de febrero de 2006 [confirmada por STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 387)]:

«No toda infracción de los derechos morales y patrimoniales o "de explotación" del autor, de los llamados derechos de propiedad intelectual, es constitutiva de delito. Y continua la sentencia "...los hechos relatados en el presente caso, aun-

que evidentemente perjudiciales al menos moralmente para los autores a quienes falsamente se les atribuyeron obras que no eran suyas y reprochables, lo serán, además, civilmente, a título de falsedad (que no ha sido objeto de acusación) o/y de estafa (...) pero no como delito contra la propiedad intelectual, ya que no se da ninguna de las conductas típicas descritas en el artículo 270 del Código Penal EDL 1995/16398. No hay 'plagio' porque 'plagiar' es según el Diccionario de la Real Academia española... copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como 'propias', y lo ocurrido en este caso es la conducta simétricamente opuesta, esto es la realización por alguien (...) de una obra pictórica, un cuadro, original (no copia de otro preexistente) y su atribución a otro que no ha sido el autor, pero que es un pintor famoso cuyos temas, estilo, tonalidades cromáticas o/y firma habituales se imitan y cuya firma y buen nombre se aprovechan para obtener un mayor beneficio, sin que sea exigible la interpretación extensiva del concepto de 'plagio' para subsumir en el mismo hechos como los aquí enjuiciados, pues los mismos, reprochables, ya encuentran su sanción en el ámbito civil y también en el penal pero a título de falsedad (....) o de estafa"».

2.2.1. El ámbito del sujeto activo del delito: el autor del delito

Este delito es un delito común que no requiere reunir especial cualificación para ser el sujeto del delito: «quien reproduzca o plagie una obra artística». También a quien intencionadamente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras sin la referida autorización.

La primera actuación ha de entenderse que engloba la segunda, dado que, si uno de los requisitos del acto tipificador del primero de los delitos es el ánimo de lucro, es claro que la actuación que podría haber puesto de manifiesto ese ánimo no era otra que la de importar, exportar o almacenar la obra de arte reproducida o plagiada, que, a su vez, hubiera podido tipificar el segundo de los delitos.

2.2.2. El sujeto pasivo del delito; en especial, el autor de la obra

El titular de los Derechos de propiedad intelectual corresponde según el artículo 26 TRLPI:

> «Los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento».

El cómputo es según el artículo 30 TRLPI:

> «Los plazos de protección establecidos en esta ley se computarán desde el día 1 enero del año siguiente al de la muerte o declaración de fallecimiento del autor o al de la divulgación lícita de la obra, según proceda».

Entendemos por derechos morales a las prerrogativas inalienables y perpetuas que goza el creador y que lo faculta para defender la integridad de la crea-

ción y verse identificado en ella, así como la facultad de dar a conocer su obra cuando desee.

Los mismos cuentan asimismo tutela en el ámbito internacional, tal como dispone el artículo 6 bis de la Convención de Berna para la protección de obras literarias y artísticas. En dicho acuerdo se consagra el derecho de paternidad, que consiste en la facultad del autor de exigir que su nombre o seudónimo se vinculen con cualquier difusión de la obra, o que su creación se haga conocer al público en forma anónima.

El derecho de autor y en particular los derechos morales son parte de los derechos consagrados en Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada en 1948 por cuanto su artículo 27 dice que:

> «Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora».

Los derechos de explotación económica que son los que otorgan al titular el derecho exclusivo de obtener para él un provecho pecuniario mediante la puesta en comercio de la obra.

Resulta imprescindible entender quien es el autor de una obra. Si ya el siglo XVIII con la Academia, había supuesto una revalorización del concepto de obra de arte y de artista, el Romanticismo marca un antes y un después en el concepto de originalidad, en al que ya era necesaria la invención, respondiendo a la idea de genio creativo. Por ello se pretendió otorgar al autor la máxima protección, invocando con tal fin la imagen del derecho de propiedad, que se concebía como el más poderoso derecho sobre las cosas. La noción de propiedad intelectual es común en nuestro entorno europeo, y tiene su origen en el siglo XVIII por influencia del lusnaturalismo y de la Ilustración, en un intento de atribuir al derecho de autor el carácter de derecho subjetivo, distanciándolo de su origen como mero privilegio de imprenta.

El artículo 1 de la TRLPI afirma.

> «La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación».

Y el artículo 6 TRLPI:

> «1. Se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique.
>
> 2. Cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad».

La autoría de una obra (original y exteriorizada en un soporte) se presume, salvo prueba en contrario, a aquella persona que aparezca como autor mediante su «nombre, firma o signo que lo identifica». En aquellos supuestos de divulgación en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o a la persona jurídica que «la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad» (artículo 6 del TRLPI).

El legislador pretende la identificación o especificación del sujeto, titular de los derechos y facultades que integran esta propiedad especial, con el ánimo de identificar al autor de las obras que resultan del ingenio literario, artístico o científico.

Cada artista tiene una manera de expresarse que llamamos «estilo», tanto si utiliza el pincel, el cincel o cualquier otro instrumento. Este se manifiesta de variadas manteras, mediante un uso particular de la luz y la sombra, el tipo de pincelada, la gama de colores, la temática empleada etc. Con su inconfundible estilo, los artistas interpretan temas que han sido comunes en distintas épocas pero le dan una nueva expresividad y, por consiguiente, significados más profundos. Las listas de los elementos del arte varían en función de diferentes autores, pero en general incluyen las siguientes: espacio, color, forma, textura, valor y línea. Los artistas trabajan con estos elementos básicos para componer una obra de arte, no siendo necesario que aparezcan todos, aunque han de estar presentes, al menos, dos de ellos.

Posterior a la elaboración de una obra, el acto que consiste en reconocer que una obra de arte ha sido hecha por un artista determinado se conoce por *atribución,* mientras que el que consiste en certificar la autenticidad de una obra se denomina *autentificación*.

Técnicamente hablando, «atribuir» significa que, en la mejor opinión de una autoridad competente en un determinado artista, una obra de arte es probablemente de la mano de ese artista.

La RAE en su segunda acepción lo entiende como «Señalar o asignar algo a alguien como de su competencia». El concepto de «autoridad competente en la materia», «experto» y «certificado» no son unívocos en el mercado del arte porque no están normalizados. En el mundo del arte las únicas atribuciones fiables son aquellas hechas por autoridades reconocidas y expertas en los artistas cuyos nombres se atribuyen. *Autoridades cualificadas* son personas que han estudiado ampliamente los artistas en cuestión, publicado artículos sobre ellos, comisariado exposiciones en un museo o galería importante, impartido cursos sobre ellos, escrito libros, artículos de revistas, catálogos de exposiciones o ensayos acerca de ellos, etc. En Francia, el Laboratorio de Investigación de los Museos de Francia, perteneciente al Ministerio de Cultura de ese país, recomienda que para atribuir la autoría de un objeto artístico deben converger, como mínimo, tres ejercicios profesionales, de esta forma, la atribución es fruto de un consenso de la doctrina.

La atribución no es más que una opinión según el estado de la ciencia en ese momento. *Los estudios científicos y técnicos facilitan los avances de los investigadores y pueden dejar al descubierto las incoherencias materiales de las falsificaciones modernas.* A menudo, la única conclusión que se puede sacar de las pruebas, es que no hay motivos para que la obra no se pueda atribuir al artista en cuestión, pues existe un límite en los exámenes y en el conocimiento. En la práctica a la hora de establecer una autoría o de datarla, es la opinión de un experto en Historia del arte el que detectará las incoherencias de la forma de expresión característica de dicho artista, en sus figuras, sus mecanismos compositivos, ritmos lineales, colores típicos, hábitos de factura, etc.

No se puede dejar de hablar de un elemento fundamental, sobre todo en la tasación de la pintura, como son las firmas.

Las firmas se entienden en el diccionario de la RAE, en su primera acepción como: «Nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido». Pero *una pintura no es un documento.*

Generalmente es junto con la fecha lo primero que mirará un observador que buscará en la capa de pintura o en la escultura la datación y la firma que le indique la autoría. El comprador tendrá muy en cuenta la firma a la hora de adquirir una pintura, y le gustará que se vea bien, cual logotipo de marca en un objeto de consumo.

Los falsificadores de firmas estudian las firmas auténticas hasta llegar a un conocimiento de todas las formas de hacer (variaciones, ritmo, presión, peculiaridades, rasgos inesperados, fallos habituales etc.) de la original. Suelen utilizar aparatos de ayuda como el *negatoscopio*[7], para ampliar y reproducir, para conseguir que los rasgos, puntos de unión, oscilaciones, minúsculos finales y comienzos etc. coincidan.

Las firmas se pueden falsificar añadiendo una firma de un pintor conocido en una obra anónima no ejecutada por ese pintor o borrando una firma preexistente y sustituyéndola por otra más valiosa. Debido a lo que hablábamos respecto el concepto de autor, muchas de las obras no iban firmadas, por lo que la primera práctica es la más habitual.

Siempre que se sospecha de la existencia de una copia o falsificación de un cuadro, una de las actuaciones preliminares del perito será la de examinar con atención el sector en que está situada la firma del autor de dicho cuadro. Al colocar la firma o el signo, los falsificadores lo hacen algunas veces en lugares que no corresponden a la costumbre del pintor original.

7. Sirve para el análisis documental: observar medidas de seguridad, el tipo de papel empleado, para descartar raspados y otras manipulaciones fraudulentas, para observar y analizar firmas, etc.

Para proceder por tanto al análisis de una obra firmada intervendrán por lo tanto distintos expertos de autentificación: de la obra y de la firma. Hay laboratorios especializados en firma con pincel (analizando fuerza del trazo), y en firma con lápiz mediante un estudio grafológico, teniendo en cuenta la hendidura y posición del lápiz, comparándolas con aquellas firmas de cuadros atribuidos a su autor de forma irrefutable.

Los jueces tienen en mayor consideración las firmas de un cuadro que el análisis del estilo en sí de la obra, al estar acostumbrados a ocuparse de la autenticidad de las firmas de los documentos.

Existen algunos aspectos conflictuales relativos a la firma. Puede pasar que se le añada una firma falsa a una obra original. En este caso no concurriría el engaño típico de la estafa, pero a efectos de tasación puede que la obra valiera menos sin la firma y se tendría que dilucidar en la instancia civil.

Otro tema es el que un cuadro no es un documento. Consideramos que sería posible una copia exacta en la que se incluyera la firma original como elemento decorativo, considerado no como un signo de autoría del artista, sino como un elemento morfológico más de la idiosincrasia de determinado artista. La auténtica identificación de la autoría pintada en la parte de atrás de la obras, con un certificado indicando que se trataba de una copia excluiría el engaño. Se entendería la firma como una forma compositiva más de la obra, que forma parte de su personalidad y en la que no hay voluntad de engañar. Sería semejante al uso de los sellos identificativos a los que hacíamos referencia.

En el año 1992, se interpuso un recurso contra la Galería Delamarre, por la reproducción y la venta de copias de obras maestras que incluían la firma del pintor.

Mientras que los jueces de primer grado encontraron la galería culpable del delito de violación sobre la base de que el derecho de copiar no incluye la de la copia la firma del autor, el Tribunal Supremo francés rechazó el juicio (de 11 de junio de 1997) argumentando que «la reproducción, en una copia de una obra, de la firma del autor de una obra de dominio público no atenta contra la los derechos morales del autor, cuando no haya riesgo de confusión entre el original y la copia». El Tribunal de Justicia añadió que el riesgo de confusión no podía producirse porque las dimensiones de la obras eran diferentes y la palabra «copia», estaba marcada de forma indeleble en la parte trasera y en el borde de la tela.

Esta decisión puede interpretarse como que la copia se asimila a una fotografía, y la firma es un elemento de la tela, y cambiando el tamaño constituye una manera para escapar de las leyes contra la falsificación.

Otro fenómeno en el concurren elementos comunes con el plagio es la falsificación. Muchas veces se utilizan como sinónimos pero si bien los dos suponen engaño a terceros, son conceptos diversos.

En efecto, el plagiario quiere figurar como autor de una obra que no creó, cuando por el otro lado, en la falsificación de obras de arte se usa el nombre de otro para vender la obra propia. Por ello, generalmente, la falsificación asume la figura de la estafa. El delito de falsificación de obras de arte no tiene una figura autónoma en el Código Penal o en las leyes penales especiales, pero se entiende que es subsumible en el tipo especial de estafa contemplado. Tampoco fue admitida como causal de justificación del plagio consignar el nombre del plagiado en la obra ilícita como si se tratara de un homenaje o reconocimiento.

3. CONDUCTA TÍPICA: MODALIDADES, ELEMENTOS Y ALCANCE DE LOS VERBOS TÍPICOS

El precepto penal indicado, como ya hemos indicado anteriormente, describe un elenco de conductas a modo de ley mixta alternativa: basta, por lo tanto, la realización de cualquiera de ellas para integrar el tipo de injusto. El bien jurídico protegido (intereses económicos del autor de una obra vinculados a su derecho a la explotación exclusiva de la referida obra) se lesiona o pone en peligro en función de la conducta típica que se realice. Así se lesiona cuando la conducta protagonizada conlleva actos de comercio, como la distribución o comunicación pública. Se pone en peligro cuando se produce la reproducción o el almacenamiento.

Característica de los delitos contra la propiedad intelectual es la de estar tipificados en normas penales en blanco. Su contenido se integra con disposiciones extrapenales que definen elementos de la norma penal, como el objeto del delito, «obras artísticas».

El TRLPI no ofrece un concepto tajante de lo que debe entenderse por obra literaria, artística o científica. Ello parece provocar una cierta inseguridad jurídica, pero esa sensación debe corregirse en atención a la fijación legal de unos criterios en todo caso condicionante de calificación de obra y son los de originalidad y carácter artístico, literario o científico de la misma, con los que los Tribunales deben sustancialmente fijar la concurrencia de ese básico elemento del tipo.

3.1. PLAGIAR OBRAS ARTÍSTICAS

Etimológicamente, plagio deriva del verbo latino *plagiare* que originalmente significaría «usar el esclavo ajeno, y reteniéndolo utilizándolo como si fuera propio[8].

8. Así, el Diccionario de la RAE, en su vigésima segunda edición, define el «plagio» (Del lat. *plagĭum*). como 1. m. Acción y efecto de plagiar (copiar obras ajenas) y 2. m. Am. Acción y efecto de plagiar (secuestrar a alguien). y «plagiar» (Del lat. *plagiāre*).1. tr. Copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias.2. tr. Entre los antiguos romanos, comprar a un hombre libre sabiendo que lo era y retenerlo en servidumbre.3. tr. Entre

Carmona Salgado considera que: «El plagio es un fraude doloso contra la producción literaria, artística o científica de un autor, en la que basándose en una creación precedente, una persona se adjudica como propios trabajos de otros»[9].

Según el Diccionario de la RAE (al que debemos acudir porque, a diferencia de las otras conductas, la TRLPI no define lo que entiende por «plagio») plagiar es «copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias», y lo ocurrido en este caso es la conducta opuesta, esto es, la realización por alguien de unas obras pictóricas originales y su atribución a otro que no ha sido el autor pero que es un pintor famoso cuyos temas, estilo, tonalidades cromáticas o/y firma habituales se imitan y cuya forma y buen nombre se aprovechan para obtener un mayor beneficio.

Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio.

Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarlas de los ardiles y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectivo ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino mas bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo ello, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales (STS de 28 de enero de 1995).

En cuanto concierne a la obra plástica debe tenerse en cuenta que la originalidad procede no sólo de la concepción, sino de la ejecución, de modo que no podrá hablarse de plagio en aquellos casos en los que la confección de la obra confiera a ésta una naturaleza creativa propia expresiva de la sensibilidad del autor.

Los supuestos de plagio quedarían reducidos, en este caso, a las copias literales de la obra original (cuando tal cosa es posible, por ejemplo, en relación con creaciones plásticas elaboradas a partir de moldes o plantillas, o bien mediante el empleo de ciertos procedimientos tecnológicos) o a aquéllas que, sin constituir en sentido estricto una copia, carecieran de elementos relevantes de originalidad en la concepción y en la ejecución.

---

los antiguos romanos, utilizar un siervo ajeno como si fuera propio.4. tr. Am. Secuestrar a alguien para obtener rescate por su libertad.

9. Carmona Salgado, C.: *La nueva Ley de Propiedad Intelectual.* Madrid, Montecorvo, 1998.

Por otra parte, una de las condiciones necesarias para poder hablar de «plagio» es que el plagiario pretenda hacer pasar la imitación como una obra original y se arrogue su autoría.

De acuerdo con esta tesis, la realización de una obra plástica idéntica a otra preexistente sólo es constitutiva de plagio si el copista proclama la imitación como una creación original de la que él mismo aparece como autor. La copia se caracteriza por la dualidad de la realización y la unicidad de la invención, que es la que permite distinguirla de las nociones semejantes. Si intenta hacer pasar un préstamo literal como algo inventado por él, se trata entonces de un plagio, que es distinto de préstamo, en el que el origen transferido a la propia obra se reconoce, y distinto de la reminiscencia cuando el autor no es consciente.

Si, por ejemplo, se realiza una copia que se presenta como la obra original y se atribuye su autoría al creador de ésta (la tradicional «falsificación» de una obra de arte, con venta de una reproducción como si fuera la obra auténtica), la conducta podrá ser constitutiva de estafa, pero no de plagio, pues el copista no se adjudica la autoría de la obra.

Similar tratamiento legal corresponde a los supuestos de falsa atribución de una obra plástica a un autor célebre, que no son ilícitos penales relativos a la propiedad intelectual, pero pueden ser sancionados, cuando concurren los elementos del tipo correspondiente, como defraudaciones.

Los plagiadores son artistas con una capacidad especial para imitar el estilo de otros, bien copiando (plagio), bien creando obras propias pero evocando el estilo de autores consolidados, por lo que no son sólo copistas, y no suelen firmar las obras. La destreza de algunos falsificadores es sorprendente, *superando al maestro* y son buenos conocedores y admiradores de los autores que imitan. En otras ocasiones, solo se han entrenado y han aprendido algunos rasgos concretos.

Al margen de la trascendencia que pueda tener en cuanto a la participación delictiva, esta conclusión no se ve modificada por el hecho de que el sujeto al que se pretende adjudicar la autoría incorpore su propia firma a la obra plástica.

Como dice la STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 387) debe mantenerse un criterio restrictivo en cuanto a la relevancia penal de estas conductas, y no calificarse como constitutiva de delito contra la propiedad intelectual la puesta en circulación de obras artísticas que son originales pero que falsamente se atribuyen a pintores que con su «buen nombre» puede prestigiar el producto, amparándose para esta conducta en el uso de determinados elementos habituales en esos pintores, por cuanto estos elementos no pueden considerarse exclusivos de estos artistas. Por eso, aunque es reprobable atribuir a un artista algo que no ha sido creado por él, ello no integra «*per se*» la figura del delito del artículo 270 CP que lo único que sanciona es la reproducción, plagio, distribución de obras artísticas «originales» sin la autorización de sus titulares.

En efecto por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio.

Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarlas de los ardiles y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectivo ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino mas bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo ello, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales (STS de 28 de enero de 1995).

3.2. REPRODUCIR

Según el artículo 18 de la TRLPI «se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella»; no basta por tanto con la imitación del estilo, temática y firma habituales de un autor.

La jurisprudencia interpretadora de este precepto lo concibe como delito de mera actividad, que se comete en tanto se posean obras artísticas, en disposición de venta y ulterior a distribución a terceros, con ánimo de lucro y en perjuicio de los titulares de los derechos de autor.

Por otra parte, la tan discutida y discutible, aplicación del principio de intervención mínima en la interpretación de los tipos penales y particularmente de las conductas comprendidas en los términos del artículo 270 CP, es acogida por la reciente STS 1276/2006 de 20 de diciembre que pronunciándose acerca de que no constituye delito contra la propiedad intelectual la atribución falsa a una persona de una obra artística, expresamente dice en referencia al «plagio» que: («A falta de otro criterio, la jurisprudencia ha operado atendiendo a las circunstancias concretas del caso para calificar la conducta como punible o no, teniendo muy en cuenta que no puede darse una indiferenciada criminalización de toda conducta antijurídica desentendida del debido respeto a los derechos inmateriales, quedando reservada la atracción a la órbita penal para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva. Si este modo de entender la función del

Derecho Penal en la tutela de los derechos del autor es referible a todas las conductas relacionadas por el legislador, su importancia es máxima en el tema que nos ocupa en ausencia de otros parámetros mas definidos»).

3.3. DISTRIBUIR

El artículo 19 TRLPI afirma:

> «1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».

No puede calificarse como constitutiva del delito contra la propiedad intelectual, la puesta en circulación de obras artísticas que son originales pero que falsamente se atribuyen a los pintores antes citados amparándose para esta conducta en la existencia de su firma y en el uso de determinados elementos y colores habituales en esos pintores, por cuanto estos elementos y colores no pueden considerarse exclusivos de estos artistas y además aun cuando es reprobable, atribuir a un artista algo que no ha sido creado por él, esta conducta no integra «*per se*» la figura del delito del artículo 270 CP que lo único que sanciona es la «reproducción», «plagio» o «distribución» de obras artísticas «originales», sin la autorización de sus titulares; es decir que debe partirse en todos los casos de la preexistencia de una obra porque no puede reproducirse, plagiarse o distribuirse algo que no existe, a título de falsedad y/o de estafa, pero no como delito contra la propiedad intelectual.

Dice la SAP de 14 de noviembre de 2008 (ARP 2009, 82):

> «Pues aunque la obra falsamente atribuida a este último se parece a los originales, no hay identidad de motivos, colores, firma o tamaño. No hay tampoco "distribución" constitutiva de delito contra la propiedad intelectual; el artículo 19 de la LPI define la distribución como "la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma"; y las obras a que se refiere esta causa no son originales ni copias, lícitas o ilícitas, ni "plagios" de obras originales, como ya queda explicado.
>
> No hay tampoco "comunicación pública" delictiva; el artículo 20.1 de la LPI define la comunicación pública como "todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas"; en el presente caso no consta que el acusado hubiera expuesto públicamente las obras. No hay transformación o modificación alguna de obras originales, ni de copias de las mismas, ni siquiera de las obras falsificadas. Por último, no han existido ni "exportaciones" o "importaciones" delictivas, y tampoco "almacenamiento" de ejemplares que sean reproducciones o copias ilícitas o plagios "a que se refiere el apartado anterior"».

3.4. TRANSFORMACIÓN, INTERPRETACIÓN

El artículo 21 TRLPI da un concepto de Transformación:

> 1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.
>
> Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente ley se considerará también transformación, la reordenación de la misma.
>
> 2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.

Los usos «derivativos» de obras ajenas son frecuentes en las Artes. Las alusiones, las citas, las parodias, recreaciones, etc., pueden llevar consigo, sin embargo, un riesgo implícito de ser acusado de plagio o de infracción de la propiedad intelectual del autor de la obra original. «No podemos desconocer en la obra artística de final de siglo XX y en el XXI, la práctica citacional en la pintura. La operación citacional, en sus diferentes usos y modos descubre aspectos de la creación artística que siempre han estado presentes de forma más o menos velada a lo largo de la larga tradición de la pintura occidental. Nociones como imitación «de modelos del arte», influencia, o resonancia de los maestros; eran habituales en el aprendizaje e incluso desarrollo del estilo de un artista»[10].

La diferencia fundamental que se establece entre las prácticas de derivación con función de transformación y las de imitación, es una cuestión clave para interpretar sus manifestaciones pictóricas. Entre las primeras se encuentra la *parodia,* que es una transformación de una obra singular con carácter lúdico. Entre las segundas prácticas está el *pastiche,* ya que éste procede por imitación de estilos, además no tiene un carácter satírico sino más bien «neutro». En el *pastiche* no se imita una obra concreta sino un estilo, un periodo o una serie.

3.5. ÁNIMO DE LUCRO

El ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo del tipo de injusto exigido expresamente por la ley en el artículo 270, requisito subjetivo adicional al dolo. Por *ánimo de lucro* entendemos aquél que persigue la *ventaja patrimonial obtenida por*

10. Gálvez Giménez, A.: *Cita de la pintura. Estrategias autorreferenciales en la pintura*. Valencia, Colección Alfons el Magnànim, 2005, p. 9.

la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico[11]. El ánimo de lucro en el plagio es esencial para afirmar la tipicidad. Su ausencia conllevará la atipicidad de la conducta, lo que no implica su licitud (pueden ser ilícitos civiles). Es decir, si se prescinde en tales casos del elemento subjetivo *no hay injusto típico.*

La jurisprudencia lo entiende normalmente en un sentido muy amplio como cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho. O como cualquier beneficio material o moral. Pero una interpretación de esta índole amplía demasiado el concepto de lucro.

En cuanto al elemento subjetivo definido en el artículo 270 consistente en que la acción se realice «con ánimo de lucro», cabe decir que se entiende como cualquier ventaja, beneficio, utilidad o provecho de carácter patrimonial. Fundamentalmente se concreta en el ánimo de obtener una ventaja económica de la realización de una actividad no permitida, y como elemento típico de carácter subjetivo no es posible prueba directa del mismo, sino que, como reconoce el Tribunal Supremo, se ha de acudir a una serie de elementos objetivos que rodean el hecho para probar la voluntad del sujeto, acudiendo así a criterios como la forma de la copia ilegal, cantidad y número de copias intervenidas, lugar de venta, carencia de todo tipo de documentación y permiso, es decir, el «modus operandi», STS de 26 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7356), STS de 27 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1358), recogidas en las SAP de 9 de enero de 1995 y SAP Madrid de 10 de junio de 1995, que considera «los comportamientos prohibidos en el artículo 534 CP/1973 se realizan casi siempre con finalidad lucrativa siendo lo contrario una excepción..., entendiendo probado el ánimo de lucro por el simple hecho de regentar un establecimiento abierto al público desde el cual se comercializa el producto de reproducción ilícita».

La jurisprudencia considera que existe ánimo de lucro cuando el autor pretende alguna clase de beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, (STS de 27 de enero de 2009 [RJ 2009, 1666]), de forma que es indiferente que su finalidad sea lucrarse personalmente o que busque un beneficio o ventaja para otro de los autores o incluso para un tercero. En el caso, según los hechos probados, los que participaron en la ejecución de la maniobra engañosa consiguieron llevarse varias joyas de los distintos establecimientos, que hicieron suyas sin hacer efectivo su importe, por lo que es claro que, conforme a su propósito, obtuvieron un lucro, resultando indiferente en poder de quien estuvieran finalmente los objetos ilícitamente obtenidos. Tribunal Supremo ha definido claramente que el lucro puede ser propio o para terceros [SAP de 25 de enero de 1999 (ARP 1999, 311)].

La jurisprudencia española advierte que el ánimo de lucro ha de concurrir exclusivamente como una tendencia subjetiva del agente y que, por lo tanto, no

11. Bajo Fernández, M.: «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales,* 1975, p. 369.

es necesario que el provecho o beneficio se logre[12]. La finalidad de lucro se configura como un resultado que el agente debe tener presente en la realización típica, pero que no precisa alcanzar. Nos encontramos por tanto ante un «delito de intención» (o «de tendencia interna trascendente») aunque no necesariamente equivalente al perjuicio típico ocasionado, eliminándose pues, la incriminación a título de imprudencia[13].

Más conflictivo pueden ser otros supuestos en los que no concurra el ánimo de lucro. Por ejemplo el caso de Mark Landis[14], un enamorado del arte norteamericano, que pintaba cuadros que cedía como originales a los museos para que sus padres fueran recordados con una *cartela de donantes*. Ocultaba la falsedad al no exponerse en exceso con pequeños cuadros aparentemente creados por pintores no muy conocidos pero sí reputados en EEUU[15]. Mediante su *generosidad* consiguió que sus obras falsificadas llegaran hasta los fondos y salas de casi treinta museos estadounidenses. En este caso Mark Landis no ha violado ninguna ley penal, y no se ha procedido contra él. Tampoco lo hubiera sido en nuestro ordenamiento penal: no ha habido ánimo de lucro y los donatarios-museos eran especialistas en la materia[16].

4. OBJETO MATERIAL DEL DELITO: OBRAS ARTÍSTICAS

4.1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

Para llegar a estas afirmaciones hay que conocer el objeto material del delito que nos ocupa. Esta ha de realizarse conforme a conceptos ubicados fuera del Código Penal, ya que éste no contiene un concepto legal de obra literaria, artística o científica.

Para ello, y como hemos afirmado anteriormente, acudimos a la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI). El artículo 10 de dicha ley establece que «son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas, expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellos...».

---

12. STS de 18 de diciembre de 1981 (RJ 1981, 5033).
13. STS de 1 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1057) citando SSTS de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2435) y 12 de marzo (RJ 1993, 2156) y 18 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7788), entre otras.
14. Celis, B.: «El pintor que falsificaba gratis», 30 de enero de 2011, en *El País, http://elpais.com/diario/2011/01/30/domingo/1296363154_850215.html* (16-9-2012).
15. Como el impresionista Charles Curtney Curran, el paisajista Alfred Jacob Miller, el fauvista Valtalt o incluso por iconos de Hollywood como Walt Disney, quien firmó dos dibujos del perro Goofy y el Pato Donald, que acabaron en los archivos de la Grummond Children's Literature Collection de la Universidad del Sur de Misisipi.
16. Para que no suceda esto es necesario que las instituciones académicas como los museos, establezcan un *código de buenas prácticas* para *defenderse* de estas actuaciones.

Con respecto a dicho precepto, señala la doctrina científica[17], que la función del mismo «es determinar qué se entiende por obra literaria, artística o científica, puesto que éstas constituyen el objeto de la propiedad intelectual (artículo 1), a los efectos de protección de la Ley. Lo que no tiene necesariamente que coincidir con lo que pueda ser considerado como obra desde un punto de vista distinto y, concretamente, desde el punto de vista del arte, de la literatura y de las ciencias.

En este estudio desde la perspectiva del Derecho Penal no queremos que sea un resultado teórico de un análisis dogmático, sino que pretendemos el examen análogo de la realidad subyacente llena de cuestiones empíricas y observaciones político-criminales. Como ya hemos afirmado anteriormente, estamos pretendiendo de esta forma evitar la parcialidad con que cada disciplina ha pretendido acercarse exclusivamente a una parte del saber, olvidando todo el conjunto del que forma parte esencialmente.

Está claro, que desde el Derecho Penal y su aplicación no se trata de definir lo que es una obra de arte literaria o científica, sino lo que es una obra susceptible de protección por la Ley, es decir, lo que es el objeto de la propiedad intelectual o del derecho de autor.

Sin embargo, como estudio doctrinal que es este trabajo, queremos aportar nuestro concepto de obra de arte, a fin de una mejor exégesis legislativa.

Delgado dice: «Por obras literarias, artísticas o científicas (y dentro de este concepto caben sus "transformaciones") se entienden las producciones intelectuales que reúnan requisitos de creatividad, originalidad y concreción de forma. De manera no limitativa se mencionan en la TRLPI (artículos 1, 11 y 12). Por no reunir el requisito de la originalidad no son obras las «meras fotografías» y quedan fuera de la protección penal»[18]. A dichas opiniones podemos añadir la de López Barja de Quiroga quien indica, que es muy discutible que las fotografías merezcan la protección penal, salvo cuando se trate de una obra artística[19].

Como objeto material del delito tenemos que entender qué es una obra artística u obra de arte.

Con carácter previo hay que observar que cuando nos encontramos frente a una obra de arte es conveniente tener cierta información; ésta es recogida comúnmente en una ficha y se refiere a: el autor (nombre, apellido, fecha y lugar de nacimiento y muerte); el título; la datación (el año en el que se ha realizado); las dimensiones; la ubicación (el lugar donde se encuentra); la técnica empleada y el género.

---

17. Bercovitz, A. y Rodríguez-Cano, R. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.* Madrid, Tecnos 1997, p. 158.
18. Delgado Porras, A.: (*op. cit.),* p. 115.
19. López Barja de Quiroga, J.: «Los delitos contra la propiedad intelectual», en *Empresa y Derecho Penal (II),* Cuadernos de Derecho Judicial, 1998.

Según las características técnicas y materiales, la obra puede pertenecer a los códigos de la pintura, la escultura, la arquitectura o las artes aplicadas. En cada código existen subcódigos que dan una mayor precisión: pintura al óleo, temple, etc.; escultura en mármol, en madera, etc.

Según su contenido la obra figurativa puede pertenecer a distintos géneros: arte sacro o profano; temas mitológicos, históricos, alegóricos; retrato, paisaje, bodegón, etc.

La determinación terminológica de la obra de arte en este estudio no es meramente instrumental, sino que constituye el eje vertebrador y de enorme y necesario interés.

Sin embargo, su aproximación doctrinal, ha sido escasa para su importancia, incluso para el historiador del arte y el filósofo dedicado a la Estética[20]. Desde las distintas perspectivas que lo vamos a analizar consideramos que en todas ellas late la legítima preocupación por no establecer una definición cerrada de lo artístico, que pueda excluir apriorísticamente a gran parte de lo que actualmente y en el futuro se ofrecerá como obras de arte, lo que dificulta su definición.

La obra de arte o texto visual se trata de un sistema de elementos gráficos y pictóricos (signos visuales) que tienen un significado en un determinado contexto histórico cultural, pero para que esta tenga la máxima protección por parte del Código Penal, tiene que *existir*. Es decir, es condición necesaria la preexistencia de una obra artística para su plagio.

Respecto al delito contra la propiedad intelectual, considera el Tribunal que no existe delito desde el momento en que no existe una obra preexistente que se hay plagiado o copiado sin la autorización de sus titulares.

Afirma la SAP Asturias de 27 enero 2006:

> (...), no puede calificarse como constitutiva del delito contra la propiedad intelectual, la puesta en circulación de obras artísticas que son originales pero que falsamente se atribuyen a los pintores antes citados amparándose para esta conducta en la existencia de su firma y en el uso de determinados elementos y colores habituales en esos pintores, por cuanto estos elementos y colores no pueden considerarse exclusivos de estos artistas y además aun cuando es reprobable, atribuir a un artista algo que no ha sido creado por él, esta conducta no integra «*per se*» la figura del delito del artículo 270 que lo único que sanciona es la «reproducción», «plagio» o «distribución» de obras artísticas «originales», sin la autorización de sus titulares; es decir que debe partirse en todos los casos de la preexistencia de una obra porque *no puede reproducirse, plagiarse o distribuirse algo que no existe* (...).

20. Hay una breve evolución histórico-estética en Jiménez, J.: *Teoría del arte*. Madrid, Tecnos, 2002. pp. 106-115.

Es muy interesante la que no protege el artículo 270: los elementos y colores de los que hablábamos (espacio, color, forma, textura, valor y/o línea) que constituían el estilo de un autor, no pueden considerarse exclusivos de estos artistas. Tampoco lo es el atribuir a un artista algo que no ha sido creado por él, por muy reprobable que sea esta conducta no integra «*per se*» la figura del delito del artículo 270.

En el campo pericial, y en orden a la satisfacción de la exigencia de dolo, el requisito de originalidad se plasma en la conciencia de la existencia de una obra anterior. Respecto a la igualdad o parecido entre ambos da lugar al plagio, asimismo exponente de un ataque al derecho de autor. Plagiar es, en principio, copiar o apropiarse en lo sustancial de obras ajenas. La apreciación del plagio es fácil en las copias serviles, pero no lo es tanto cuando se trata de imitaciones más o menos intensas. Al Derecho Penal sólo puede corresponder la identidad sustancial. A su vez depende en buena medida de la clase de obra plagiada, pues es cuando más difícil la apreciación del plagio de una obra plástica, como en el presente caso, que de una obra literaria o musical. De esta forma la precisión de lo esencial y lo que es accidental sólo podemos resolverlo con la ayuda de los correspondientes informes periciales (SAP de 24 de mayo de 1999 [ARP 1999, 5624]).

4.2. CONCEPTO JURÍDICO: NORMATIVA BASE APLICABLE

En el concepto tradicional de *obra artística* no existe unanimidad a la hora de definirlo en las distintas normativas nacionales o internacionales, y, por tanto, su ámbito conceptual de aplicación resulta, cuando menos, fluctuante.

En la Guía del Convenio de Berna[21] se indica que la categoría de las obras artísticas aglutina tanto a las bidimensionales (entre las que se incluyen dibujos, cuadros, grabados, litografías, etc.) como a las tridimensionales, entre las que se hallan las esculturas, estatuas y relieves, las obras arquitectónicas, así como los

21. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.
Artículo 2.1 Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

monumentos y edificios, ya pertenezcan al género figurativo, ya al abstracto, e independientemente de su finalidad.

A nivel nacional, existen diferentes ramas del derecho que lo mencionan.

Desde el Derecho administrativo, el artículo 1.2 de la Ley de Patrimonio artístico español 16/1985 en su artículo 1.2 afirma que «Integran el Patrimonio Histórico Español (...) los objetos muebles de interés artístico, histórico, (...)». Por lo que el concepto de «obra de arte» son aquellos objetos a los que se les reconoce una cualidad «artística» y constituyen una categoría especial, sumamente relevante, de los bienes culturales que integran el patrimonio histórico. Son los inmuebles y objetos muebles de interés artístico.

Desde la perspectiva del Derecho mercantil, la Ley 20/2003 de 7 julio 2003. Protección Jurídica del Diseño Industrial, cuya exposición de motivos afirma «Tanto la norma comunitaria como esta ley se inspiran en el criterio de que el bien jurídicamente protegido por la propiedad industrial del diseño es, ante todo, el valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico y de su originalidad».

Los derechos de Propiedad Intelectual están amparados, como se ha afirmado anteriormente, principalmente en nuestro Derecho por el TRLPI.

Desde la dificultad que siempre supone delimitar el concepto de una figura, el legislador intenta configurar el hecho que motiva la protección de estas normas en el artículo 1 del TRLPI, al establecer como objeto la «obra literaria, artística o científica». Así, los derechos de Propiedad Intelectual corresponderán a su autor desde el momento de la creación, aunque es posible su garantía y protección registral mediante su inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual.

Dos son los presupuestos que deben concurrir para que las obras del ingenio del hombre puedan ser protegidas por estas disposiciones legales: originalidad, y exteriorización. El artículo 10 del TRLPI menciona algunos supuestos de Propiedad Intelectual, partiendo de los dos elementos imprescindibles antes indicados. Deben ser creaciones «originales» y que se expresen «por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro».

El artículo 10[22] al definir el objeto de propiedad intelectual, da una fórmula legal abierta a todas las *creaciones originales* literarias, artísticas o científicas «ex-

22. Artículo 10. Obras y títulos originales
1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:
a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.
b) Las composiciones musicales, con o sin letra.

presadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (...)». A continuación, el legislador menciona algunos supuestos incorporados a esta definición y, al hacer mención expresa de las obras de arte, delimita las formas típicas: la escultura, la pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como «sus ensayos o bocetos, y demás obras plásticas, sean o no aplicadas».

Se considera obra, según dice la SAP de 30 de julio de 2010 (AC 2010, 1442), toda creación humana original que se exteriorice en una forma novedosa por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (artículo 10.1 TRLPI).

Por otro lado, en el Auto de 26 de abril de 2007 (AC 2007, 660) se puntualiza que el artículo 10 TRLPI no contiene una enumeración exhaustiva sino enumerativa de las obras que pueden ser objeto de su protección. El artículo 10.1 TRLPI de esa norma dice que «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas (...)» y enumera a continuación casos de las letras a) a la i).

Es decir, la protección que dispensa la ley abarca cualquier creación original, sea cual sea su soporte, que merezca ser amparada por constituir una creación intelectual digna de serlo por su originalidad, entre las que ejemplifica las que enumera, y entre ellas, el caso que destaca el demandado, es decir, los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas. En este sentido, la Sentencia de AP La Coruña de 31 de julio de 2010, hace referencia a la STS de 24 de junio de 2004 (RJ 2004, 4318) cuando señala: «Según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente (...) En cualquier caso, es exigible que esa originalidad tenga una relevancia mínima...». En definitiva, la falta de originalidad suficiente priva a una obra de la protección que dispensa el TRLPI.

---

c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.
d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.
e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.
f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.
g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.
h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
i) Los programas de ordenador.
2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.

Cualquier creación artística original, expresada en cualquier soporte, merece el amparo de la norma si supone una invención que es tenida en el concepto público como novedosa.

En definitiva, el objeto de protección es la obra artística, original y singular, y en este sentido, como dice la SAP Valencia de 10 de enero de 2011 (AC 2011, 918), no puede indicarse como diseño el propio producto fabricado en serie, pues estos no son más que una aplicación fabril del diseño creado y ciertamente ya no concurre en tales productos la originalidad, como así adoctrinó el STS de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8286), de ahí la necesidad de que la obra se manifieste o exteriorice a través de un soporte, material o inmaterial, adecuado a la naturaleza de la obra y por ello la obra literaria, artística o científica objeto de protección es una obra individualizada, la creada por el autor y no los posteriores ejemplares o reproducciones realizados por aquél o por sus causahabientes en uso del derecho de explotación que les reconoce el artículo 17 TRLPI.

Existe una línea doctrinal que ha determinado que para la tutela del diseño por derecho de autor, se exige, además de los requisitos de novedad y singularidad, la necesidad de que sea «original o especialmente creativo» o tenga el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística. De acuerdo con la STS de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9707), el reconocimiento de los derechos de autor no puede proyectarse sin más a las formas nuevas que aportan un valor añadido por el diseño al producto que carece de cierta «originalidad y/o creatividad».

Como señala la SAP de 25 de marzo de 2004 (JUR 2004, 248592), el artículo 10 TRLPI establece el concepto de obras y títulos originales, incluyendo como tales las creaciones originales literarias, científicas o artísticas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, comprendiendo de forma expresa entre ellos los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informe forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera obras de la misma naturaleza; siendo de resaltar el término «creaciones», que también utiliza el artículo 3.1 TRLPI como diferenciable del objeto al que la misma esté incorporada, para caracterizarlos, en cualquier caso, es de señalar que del término creación se infiere la intervención humana y del de «original», que subsigue, para aportar algo distinto de lo ya existente, originalidad valorable en su sentido objetivo según cabe extraer de los artículos 65.2 TRLPI y 77.2 TRLPI. Así, la obra científica tiene un menor grado de protegibilidad que las literarias o artísticas, en cuanto maneje datos inapropiables, pero sólo en cuanto a éstos. Por último señalar que el artículo 17 TRLPI viene a reconocer al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la propia Ley, lo que no es sino consecuencia de lo establecido en el artículo 2 TRLPI artículo 2 TRLPI, en definitiva, se viene a establecer que sólo

podrá reconocerse derechos de explotación de un tercero a partir de un acto de voluntad del autor, salvo que la Ley reconozca otras posibilidades de explotación.

La STS de 7 de junio de 1995 rechazó cualquier pretensión de exclusiva sobre supuestos métodos o conocimientos pedagógicos y destacó que en modo alguno podía ser objeto de propiedad intelectual la concepción o innovación pedagógica contenida en una obra, lo que el derecho de autor protege no son las ideas relacionadas con la obra, inspiradoras del contenido de la misma, sino la forma en que esas ideas aparecen recogidas en ella. Por ello –sigue indicando–, en la medida en que las ideas son separables de la forma utilizada para su exteriorización, tales ideas y conocimientos carecen de protección jurídica, al menos a través del derecho de autor y sin perjuicio de su posible defensa a través de la propiedad industrial o –en un caso como el ahora examinado– frente a los ilícitos concurrenciales que giran en torno al aprovechamiento del esfuerzo ajeno (...). En tal sentido, el artículo 9.2 Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, correspondiente al Acta Final de la ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales establece que «(...) La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí (...)».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo[23] establece al analizar el artículo 10.1 del mismo texto, prescindir «de la intención del creador y del destino de la obra, y sin exigir para las obras plásticas ningún requisito o mérito que singularice las «obras de arte aplicadas» de las «obras de arte simple» u «obras de arte puro», lo que ha llevado a algún autor a sostener que nuestro ordenamiento se adscribe a los de acumulación total de protección de los derechos subjetivos de naturaleza intelectual e industrial –sin perjuicio de que su estatuto patrimonial sea inferior a tenor de los artículo 19.5 y 24.1 TRLPI de tal forma que serían protegibles como propiedad intelectual los diseños que tengan un nivel de originalidad que les haga distinguibles de los anteriores, sin necesidad de altura artística, creatividad o individualidad configurativa–». Por lo que se exige las notas de originalidad, por ser producto de la creación humana, y expresión formal.

Interesantes también sobre originalidad la SAP Madrid 16 septiembre 2013 (JUR 2013, 313786) y sobre propiedad intelectual y originalidad, la SAP Madrid 24 mayo 2013 (AC 2013, 1481):

> «En numerosas resoluciones precedentes [sentencias de 21 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3188), 22 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3919), 12 de enero (RJ 2012, 176), 25 de mayo y 16 de noviembre de 2012, entre otras] hemos señalado, en relación con el significado del requisito en examen, cómo en la actualidad predomina el criterio objetivo, ligado en términos generales a la idea de singularidad, de modo que dicha nota habría de estimarse concurrente cuando la forma elegida por el creador incorpora una cierta especificidad, que permita considerarla una realidad singular o diferente

23. STS de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9707).

por la impresión que produce en el destinatario, lo que, por un lado, ha de llevar a distinguirla de las análogas o parecidas y, por otro, le atribuye una cierta apariencia de peculiariedad. El Tribunal Supremo así lo entendió en sentencia de 24 de junio de 2004, y lo corrobora en la de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9707), la cual, a propósito del examen del régimen de protección del diseño industrial como obra de propiedad intelectual, incide en la idea de originalidad como distinguibilidad.

19. Sentado lo anterior, debemos discrepar del criterio expuesto en la resolución apelada, pues no cabe negar que una axonometría, que consiste en la representación de un cuerpo mediante las proyecciones obtenidas según tres ejes, produce una impresión en el observador completamente distinta de la que originan los planos que forman parte de un proyecto arquitectónico, en los que se representa en dos dimensiones.

20. Acontece que la sentencia mezcla en este punto aspectos diversos. Nos pone sobre la pista la mención de que este tipo de dibujos constituyen tan solo una representación volumétrica de algo ya creado, y la referencia a la "tecnicidad" como característica de las axonometrías arquitectónicas. Lo que viene a decir la sentencia, en definitiva, es que el dibujo axonométrico es una representación de un objeto preexistente de algún modo predeterminada, a partir de la apariencia del objeto representado, como resultado de la aplicación de determinados conocimientos técnicos. Por ello, indica que "cabría deducir que cualquier persona con la capacitación suficiente podría llegar a realizar prácticamente el mismo dibujo axonométrico del proyecto de que se tratara".

21. Entendemos que este enfoque de la cuestión no es el adecuado. Las circunstancias a las que alude la sentencia impugnada únicamente operarían como factores a tener en cuenta a la hora de determinar el ámbito de protección frente a realizaciones que pudieran estimarse parecidas (aspecto en el que el margen de libertad del realizador juega un papel relevante), lo que no es el caso. Lo mismo puede decirse del grado de predeterminación de las características y conformación del diseño que la juzgadora entiende que deriva de la utilización de determinado software para la confección del mismo.

22. En conclusión, no descubrimos motivo para negar a rádice a las realizaciones que nos ocupan el carácter de objeto de propiedad intelectual».

La STS de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8286) señala que:

«la protección referida nace desde el momento de la creación de la obra sin necesidad de ningún otro requisito y desde ese momento se reconoce al autor, de ahí la necesidad de que la obra *se manifieste o exteriorice a través de un soporte, material o inmaterial,* adecuado a la naturaleza de la obra, y por ello la obra literaria, artística o científica objeto de protección es una *obra individualizada,* la creada por el autor y no los posteriores ejemplares o reproducciones realizadas por aquél o por sus causahabientes en uso del derecho de explotación, de ahí que se exija que concurran las características que la definan como una "*creación original",* requisito de *originalidad* que, según la sentencia reseñada, ha sido enten-

dido por la doctrina en dos sentidos diferentes, *subjetivo y objetivo,* entendiéndose por el primero que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, y por el segundo como novedad objetiva; si bien, más que a la nota de novedad, se viene anudando la protección al hecho de que la obra sea hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre, STS 7-6-1995; requisito el examinado que ha de ser afirmado respecto de la obra discutida».

La normativa del Registro de Propiedad Intelectual[24] también ayuda a la delimitación del concepto de obra de arte, ya que establece los supuestos que pueden ser objeto de inscripción, por ser derechos de propiedad intelectual. En el artículo 14 de su reglamento se reconocen los requisitos específicos para la identificación y descripción de las obras objeto de propiedad intelectual.

Respecto al concepto de autor, la mencionada ley, «(Civil) el artículo 5, 1. Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica».

La condición de autor se obtiene por toda «persona natural» que crea una obra literaria, artística o científica (artículo 5 TRLPI). Actualmente, la actividad creativa puede desarrollarse con el apoyo de las nuevas tecnologías, y desde el momento que la obra esté realizada, será titular y podrá ejercer los derechos morales y patrimoniales.

El Código Civil es la norma jurídica que contiene el fundamento del Derecho civil de carácter común en España. La regulación del Código Civil en sus artículos 428 y 429 siguen vigentes y disponen:

«el autor de una obra literaria, científica o artística tiene el derecho a explotarla y disponer de ella a su voluntad» (artículo 428).

y que:

«la ley sobre Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece este derecho, la forma de su ejercicio y las personas a quienes pertenece este derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad» (artículo 429).

El derecho del autor mismo es en sí imprescriptible, y no cabe la prescripción aislada de determinadas facultades (nos referimos a las patrimoniales).

El artículo 166 CCiv se utiliza el concepto de *objeto precioso.* Este precepto establece los casos en que quedan limitados los poderes dispositivos de los padres sobre los bienes de los hijos sometidos a patria potestad. Así, entre otros bienes, el

24. Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual. *El Registro es un medio para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los autores y demás titulares sobre sus obras, actuaciones o producciones. La inscripción registral supone una protección de los derechos de propiedad intelectual, en tanto que constituye una prueba cualificada de la existencia de los derechos inscritos.*

artículo 166 CCiv establece que los padres necesitan autorización judicial previa para disponer de los *objetos preciosos de los hijos.*

Desde el Derecho civil, nuestra doctrina ha puesto de relieve el carácter indeterminado del concepto *objetos preciosos* y ha interpretado que, en el contexto del artículo 166 CCiv, puede significar dos cosas. O bien se refiere a objetos de especial valor artístico o histórico[25], o bien a objetos de importante valor económico[26]. Por este último significado se inclinan la mayoría de los comentaristas porque resulta más acorde con el espíritu de la norma. Si lo que pretende el artículo 166 CCiv es que no desaparezcan bienes del patrimonio del menor sin control alguno, debe interpretarse el concepto en el sentido que amplíe la esfera de limitaciones a la facultad de libre disposición de los padres. Esta interpretación no es nueva si tenemos en cuenta que el Código Civil contiene otros preceptos en los que se utiliza el concepto de objeto precioso como objeto de valor. Recordemos que así se interpreta el término en el artículo 352 CCiv cuando se utiliza en la definición de tesoro[27].

4.3. CONCEPTO ESTÉTICO E HISTÓRICO

Aunque pueda resultar sorprendente, no abunda la literatura sobre el proceso de formación de una categoría tan relevante en la teoría del Arte como es la noción de *obra*[28].

La aproximación a la noción de obra de arte desde la Estética supone una dificultad añadida, a esta investigación interdisciplinar, pero no podemos obviar qué es una obra de arte para la doctrina que más ha estudiado esta cuestión.

---

25. Por esta acepción se decanta el profesor Díez Picazo. Así, ha señalado que el término hay que entenderlo «en sentido estricto, que no alude tanto al valor económico (aunque puede entenderse que precioso es lo que tiene precio elevado), como al hecho de que sean objetos de singular valor artístico o histórico» (Díez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Madrid*, Tecnos, vol. II, 2012, p. 299).
26. Este significado es el acogido por Marín García de Leonardo, M. T.: «Actos de disposición de bienes de menores sometidos a patria potestad», en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LXX, 1986, en especial pp. 312 y ss.; Castán Vázquez, J. M.: «Comentario al artículo 166 CC» en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, 1991, p. 568, que cita a la anterior; y Ventoso Escribano, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, ed. Colex, Madrid, 1989, pp. 262 y ss.
27. En este sentido Pantaleón Prieto, F.: «Comentario al artículo 352 CC». *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, 1991, p. 989. Efectivamente, en nuestro Código Civil ha desaparecido la nota de antigüedad que exigía el Derecho Romano para la existencia de un tesoro. Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Supremo (*ad. ex.*, STS de 30 de enero de 1990, (RJ 1990, 101). Para nuestro Código, un tesoro es un depósito de objetos muebles valiosos, ocultos y de pertenencia desconocida.
28. Ver su evolución histórico-estética en el libro de referencia Jiménez Jiménez, J.: *Teoría del arte*. Madrid, Tecnos, 2002. pp. 106-115.

Los filósofos del arte han seguido los movimientos artísticos en un intento de capturar sobre qué es esencial sobre arte en su definición. Las principales teorías que han estudiado el concepto de obra de arte son las *teorías culturales* y las *institucionales* (Ver breve explicación en ANEXO).

La segunda, de más reciente aparición, que se entiende como un conjunto de convenciones más o menos concretas, más o menos teóricas, que operan validando y promoviendo ciertos objetos a la condición de arte es la que es actualmente predominante. Sin embargo, esta voluntad abarcadora, incluso adivinatoria al intentar englobar las producciones del futuro, genera una gran inseguridad. Como ya hemos afirmado anteriormente, pese a la intención de algunos artistas de buscar la desmaterialización de la obra en el momento de su exhibición en un museo o galería de arte se materializan y ya son objetos comerciales. Los artistas abordan la paradoja del Museo en que se exponen obras en virtud de criterios como: originalidad, irreproductibilidad, historicidad... los convierte en objeto de culto.

Hablar de *obras de arte* nos ubica en un espacio categorial particular dentro del mapa de los objetos y situaciones producidas por el hombre. No se puede desconocer las obras del pasado y de la actualidad, que ya *son,* para entrar en el ámbito de la probabilidad, o lo que *serán*.

Por ello, encontramos interesante y aclaratoria la definición de Wolfhart Henckmann. En su *Diccionario*[29] *de estética* se define obra de arte como:

> «**Obra de arte.** El concepto de o. de a. debe abarcar los rasgos necesarios y suficientes que constituyen una o. de a. y debe delimitarla respecto de las cosas naturales, artesanales o producidas industrialmente, y respecto de los instrumentos con fines religiosos, políticos, morales o pedagógicos. Estas características no deben ser ni triviales, ni deben nivelar las diferencias existentes entre las obras de los distintos géneros (teoría de los géneros) y estilos artísticos (estilo), basada en la singularidad de cada o. de a. Mientras que la estética analítica ha cuestionado la existencia de un concepto tal y las filosofías del arte tradicionales intentaron determinar lo que hacía de una sola obra una o. de a. a través de un solo rasgo esencial (belleza, mimesis), desde principios del siglo xx aumentan los intentos de determinar la o. de a. a partir de la acción combinada de varios atributos que, a su vez, no deben concurrir obligatoriamente todos juntos en una obra.
>
> La primera característica que debe establecerse en el concepto de o. de a. es el carácter de obra, a través del cual se representa el hecho de ser producida por el ser humano. Esta característica la comparte con obras producidas artesanalmente o industrialmente, pero lo artístico parece sustraerse al planteamiento y a la disponibilidad propias de la obra.
>
> Una segunda característica es el material perceptible sensiblemente, el cual constituye la o. de a. o, mejor dicho, en el que se presenta, pero que juega un

29. Henckmann, W. y Lotter, K..: *Diccionario de estética.* Barcelona, Crítica, 1998, p. 179.

papel más central en el arte plástico que en las obras que precisan de una ejecución o en las que el material se retira tras la verdadera realidad del arte, como el lenguaje o el texto en la creación del mundo ficticio de una novela o el material fílmico en la exhibición de una película.

Una tercera característica es la presentación, que puede referirse de modo ambiguo tanto a la presentación como a lo presentado y que no se da en las artes no representativas (arquitectura, música) ni en el arte abstracto.

Una cuarta característica es la autonomía, que separa a la o. de a. de todos los usos o destinos que no se funden en ella misma. La o. de a. no excluye ni las funciones sociales (más allá de la propia o. de a.), ni la autonomía tampoco es garante de que una obra posea naturaleza artística.

Una quinta característica, considerada en gran medida la decisiva, es la forma artística, la cual, prescindiendo de la ambigüedad del concepto, puede caer en el automatismo y puede no darse en los estilos artísticos "dionisíacos" u orgiásticos.

Una sexta característica es el carácter expresivo o simbólico, cuyos contenidos pueden abarcar desde el inconsciente hasta las interpretaciones ideológicas o religiosas del mundo, pasando por los sentimientos.

Ninguna de estas características individuales, ni su acumulación agotan la definición de la o. de a. La o de a. presenta, más bien, una estructura creada a partir de sí misma, en la cual sus elementos diferenciales, que pueden ser resumidos desde las perspectivas de distintas características, se hallan mediados entre ellos de tal manera que se condicionan y se activan mutuamente y dejan aparecer a partir de ellos una "regularidad" ("armonía", en palabras de Adorno), sobre la que descansa la "unidad orgánica" (Osborne) de cada obra individual.

La o. de a. conforma así un «microcosmos» cuya unidad se halla activa en cada una de sus partes, sin que pueda ser reducida a un concepto determinado. Con un tal *je ne sais quoi* ("no sé qué") la o. de a. se separa de los conceptos de la estética como no reconstruible racionalmente, aunque también los desafía a demostrar su no previsibilidad». W H.

En síntesis, Henckmann considera una obra de arte como una acción combinada de varios atributos. Ninguna de estas seis características individuales, ni su acumulación agotan su definición: 1) obra producida por el ser humano[30]; 2) material perceptible sensiblemente; 3) con una presentación; 4) autónoma; 5) con forma artística y 6) su carácter expresivo o simbólico.

Sin embargo, el concepto de la obra de arte como objeto único e irrepetible no es tan obvio como pudiera parecer a primera vista, sobre todo en una época como la actual, dominada por una casi ilimitada capacidad de reproducir de modo mecánico los objetos que son producidos en serie, industrialización que

30. En contraposición con las obras de la naturaleza.

afecta desde luego a la obra de arte, como puso de relieve Walter Benjamin en su famoso ensayo *La obra de arte en la época de su reproducción técnica* (1936)[31].

Tal y como hablábamos al principio de la sección, hemos seguido una firme orientación filosófica y estética para relacionarlo con la disciplina de la Historia del Arte. Hay que ser consciente que cada periodo histórico ha tenido una concepción de la obra de arte (Ver ANEXO citado previamente).

5. CONCEPTO DE ORIGINAL, COPIA Y OTROS CONCEPTOS AFINES

Los pintores son artistas con una capacidad especial para imitar el estilo de otros, bien copiando (plagio), bien creando obras propias pero evocando el estilo de autores consolidados, por lo que no son sólo copistas, y no suelen firmar las obras. La destreza de algunos falsificadores es sorprendente y son buenos conocedores y admiradores de los autores que imitan. En otras ocasiones, solo se han entrenado y han aprendido algunos rasgos concretos.

No pueden entenderse como falsificaciones las copias (sin perjuicio de los derechos de propiedad intelectual correspondientes), las atribuciones falsas, los facsímiles, los pastiches y tampoco, desde el punto de vista más estricto, la reproducción offset de un grabado.

5.1. CONCEPTO JURÍDICO

Desde una perspectiva jurídica, el concepto de o*riginalidad* ha sido fijado por la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual atendiendo a lo entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, *subjetivo* y *objetivo*. Hay numerosa jurisprudencia en relación con el diseño industrial y los derechos de autor a los que ya nos hemos referido.

En sentido *subjetivo* se entiende por *obra original* cuando refleja la personalidad del autor y desde el punto de vista objetivo que considera la «originalidad» como «novedad objetiva» cuando puede afirmarse que nos encontramos ante una creación original. En relación con lo expuesto, no se protege lo que puede ser patrimonio común que integra el acervo cultural o que está al alcance de todos. Según la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8098) lo relevante es la forma original de la expresión, no tanto si la idea o datos expuestos sean conocidos o novedosos, lo que supone que la originalidad concurre cuando, en términos de la SAP de Barcelona 10 marzo de 2000, la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente

31. Benjamin, W. «La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica», en *Discursos interrumpidos I*. Buenos Aires, Taurus, 1989.

por la impresión que produce. El acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior. Por todo lo cual, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales. Esta doctrina se reitera literalmente en las Sentencias de 17 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7468) y 23 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2005), y se toma en cuenta en orden a la consideración del plagio como «copia en lo sustancial de una obra ajena» en la S. de 23 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8660).

Como recoge la SAP Barcelona 25 septiembre de 2005, entrando en el estudio de dicho requisito y más en concreto sobre la discusión doctrinal existente en torno a si esa originalidad ha de ser subjetiva (singularidad, no haber copiado una obra ajena) u objetiva (novedad, haber creado algo distinto a lo ya existente), refiere «si bien tradicionalmente imperó la concepción de originalidad subjetiva por parecer criterio aceptable para las obras clásicas (literatura, música, pintura, escultura,...) ya que la creación implica cierta altura creativa, hoy día, sin embargo, debido a que los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor (hay obras en las que no se advierte un mínimo rastro de la personalidad de su autor) y unido al reconocimiento del autor de derechos de exclusiva, la tendencia es hacia la idea objetiva de originalidad, que precisa una novedad en la forma de expresión de la idea».

Esta concepción *objetiva* permite destacar el factor de *recognoscibilidad* o diferenciación de la obra, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva, lo que requiere, al fin, que la originalidad tenga una relevancia mínima, pues no resulta adecuado conceder derechos de exclusivas a creaciones que constituyen parte del patrimonio cultural común de la sociedad[32].

Es decir, a nivel jurisprudencial y en interpretación del artículo 10 TRLPI, el criterio subjetivo de la originalidad en la que implicaba una cierta altura creativa tan básico en la Historia como singularidad, no haber copiado una obra ajena) es menos relevante que el criterio objetivo. Es actualmente más decisivo este criterio como novedad, el haber creado algo distinto a lo ya existente debido a que los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor.

Los derechos de autor implican la exigencia de *originalidad* objetiva, es decir, entendida como novedad relevante con altura creativa.

La Jurisprudencia lo entiende así en numerosas sentencias como: STS 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9707), SAP de 21 de mayo de 2009 (ARP 2009,

32. «SAP Baleares 25 enero de 2010. Comentario», en *Diario de las Audiencias y de los Tribunales Superiores de Justicia* de 11 de Junio de 2010, pp. 3-6.

714), SAP de 2 de julio de 2008 (JUR 2008, 315951) y SAP de 5 de julio de 2012 (AC 2012, 1837), entre otras.

5.2. CONCEPTO ESTÉTICO E HISTÓRICO

Una vez acotado el concepto de obra de arte que nos interesa, pues es el que es el objeto del mercado del arte. Lo podemos entender como un *unicum,* un objeto singular, no repetible ni reproducible. Además, habría que entender la obra de arte original o auténtica, y distinguirla de la copia. Las definiciones de original, copia, réplica y reproducción, han sido causa de polémica en toda la historiografía del arte, en concreto, en los estudios de estética contemporánea, especialmente en el último siglo.

Hay que hacer referencia a la o*riginalidad*. La noción de originalidad tal y como la entendemos hoy, con un énfasis en la singularidad, como la idea de un único trabajo de una sola mano, es en sí misma una construcción post-romántica. Hay que hacer pues una distinción en el concepto de «originalidad» antes y después de Romanticismo[33]. Lo «original», si respetamos la etimología, es lo ligado al «origen» (como en la expresión «pecado original»). En el Renacimiento y Barroco, ser original era deberse a los orígenes, respetar y continuar la labor de los clásicos. Era imitarlos.

Todo el arte postromántico, el ser original lo entendemos como renovación, lo insólito y la ruptura. La influencia del Romanticismo ha perdurado en obras posteriores. Se puede trazar una línea de continuidad que parte desde Constable a través de la Escuela de Barbizon hasta el impresionismo, aunque el más directo descendiente del Romanticismo fue el movimiento simbolista, que por diferentes vías intensificó o refinó las características del movimiento romántico como la subjetividad, la imaginación y la extraña fantasía onírica. En el siglo XX el Expresionismo y el Surrealismo llevaron estas tendencias incluso más lejos.

Sin embargo, en cierto sentido, puede decirse que todo el arte contemporáneo deriva del Romanticismo ya que el concepto de libertad artística, originalidad y autoexpresión en el arte, fueron los estandartes de los románticos en oposición a los principios tradicionales.

El desarrollo de las nuevas tecnologías en el siglo XX, tales como la fotografía, el cine o internet, han tenido un fuerte impacto en la expresión artística. Como ejemplo de esto, podemos destacar al grupo *Art and Language,* formado en los 60, adoptó una aproximación conceptual creando obras idénticas a los originales que vendrían a encarnar Postmodernismo y, en particular, Apropiacionismo en los años ochenta. En el siglo XXI, en el contexto del mercado del arte

33. Martín Baños, P.: «Los conceptos de imitación y originalidad antes del Romanticismo», en *Actas de las IV Jornadas de Humanidades,* 2006, pp. 285-292.

globalizado, los artistas contemporáneos están difundiendo unas prácticas en las que producen sus obras en China o delegan la su producción a los artesanos (Jonathan Monk, Zheng Guogu). No obstante, los autores mantienen diversas estrategias de originalidad (a diferencia de la obra de falsificadores) que revelan las diferencias formales de una copia a otra. Así lo vemos en la elección de la obra, el título, el medio técnico, la escala (Maurizio Cattelan, Richard Pettibone), la presencia o la falta de firma (Karina Bisch). Con estas distinciones, los autores evitan el *camuflaje de su* identidad, actúan con voz propia y por lo tanto, facilitan la aparición del segundo «Yo» o «autor», ya sea individual o colectivo, reconocido e integrado en la historia del arte de forma gradual.

A nivel terminológico, el Diccionario de la RAE define:

> «**Original: 2.** adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor. Escritura, cuadro original. U. t. c. s. m. El original de una escritura, de una estatua».

Original es la obra artística que surge de la inventiva del artista desde que goza de una libertad casi absoluta, liberado de las servidumbres religiosas, políticas o sociales.

> «**Copia: 5.** f. Obra de arte que reproduce fielmente un original. **7.** f. Imitación de una obra ajena, con la pretensión de que parezca original».

La RAE nos da dos definiciones del concepto copia, que se diferencian por el *animus* del que realiza la copia: bien sin ningún *animus* específico, aunque es una reproducción fiel; bien con el *animus* de que parezca original.

El primero excluye lo que es la reinterpretación o la inspiración en ella. La reinterpretación está intrínsecamente unida a la creación, pues es natural que el proceso de hacer una obra de arte, el autor se base en la memoria, en la reproducción de lo que se ve, o en la deliberada manipulación de ambos: lo visto y lo recordado. Toda esta fuente de inspiración está además teñida por los sentimientos del autor. Por lo tanto no se puede concebir la creación sin contemplar algún tipo de evocación a otras obras.

Por otro lado, hay que recalcar que la reproducción fiel es ampliamente entendida en los talleres de arte como una técnica didáctica. Es frecuente ver en los museos alumnos que copian obras maestras para interiorizar la técnica, la paleta y el genio del maestro[34]. En estas copias se evita que el formato de la copia coincida

34. Grandes pintores de la Historia del arte se han formado a partir de la realización de copias de los maestros. Esta práctica sigue de plena actualidad, si no, en enero de 2013 llegaron desde China dieciocho copistas al natural que trabajaron en el Museo del Prado. Para evitar fraudes, la pinacoteca mantuvo un riguroso reglamento que garantizaba la «honorabilidad» de los copistas. Además se exigió una diferencia de cinco centímetros de tamaño entre original y copia. MUSEO NACIONAL DEL PRADO. «El Museo del Pra-

con el del original, y sus autores ni firmarán la obra con su nombre o con la del autor original[35].

La RAE en su segunda acepción, contempla otro tipo de «copia»: «con la pretensión de que parezca original», y que está íntimamente relacionada con el plagio. Este tiene una connotación ilegítima y que según la intención del copista, puede transformarse en una falsificación, de lo que hablaremos posteriormente.

Reconocer que efectivamente toda obra artística es resultado de múltiples influencias y que el artista puede inspirarse en creaciones de otros autores para crear las suyas propias.

Lucie-Smith en su *Diccionario de términos artísticos*[36], distingue:

«**Original.** Obra de arte que hace el artista mismo, a diferencia de las copias hechas por otras manos[37].

Copia. Duplicado de una obra de arte ya existente, por lo general no hecha por el artista que creó el original. Véanse también Réplica y Reproducción»[38].

Réplica. 1. Estrictamente, copia exacta de una pintura o escultura por el artista que creó el original. 2. Más en general, una de dos versiones de una pintura cuando no se sabe cuál es la original. 3. Objeto que reproduce exactamente otro objeto, por lo general hecho por una mano diferente[39].

Reproducción. 1. Copia de una obra de arte, en especial hecha por medios mecánicos (por ej. vaciado, fotografía, etc.)»[40].

---

do recibe como copistas un grupo de pintores de las mejores escuelas de Bellas Artes de China», enero 2013. *http://www.museodelprado.es/sala-de-prensa/noticias/noticia/volver/72/actualidad/el-museo-del-prado-recibe-como-copistas-un-grupo-de-pintores-de-las-mejores-escuelas-de-bellas-artes/* y Fernández, E. «Elogio de la réplica». En: *El País. Madrid,* febrero 2013. *http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/01/31/madrid/1359654985_497302.html* (1/03/2013).

35. *True Fakes Ltd.* es una galería de Nueva York especializada en copias. Para identificarlas pone su etiqueta en la parte posterior de las pinturas falsas que vende, pero no todos los copistas son cuidadosos con una correcta identificación. La directora de la galería, Ellen Lagow, dijo que había sido informada por sus proveedores europeos de que dos de sus obras, pintadas al estilo de Matisse, fueron falsamente autenticadas no hacía mucho tiempo y que se vendían por grandes sumas de dinero en otra galería. Afirmó que no iba a identificar a los responsables de la operación. En: Honan, H. «Into an Age of Fake Art: A Very Real Quandary». En: *The New York Times,* septiembre, 1991. *http://www.nytimes.com/1991/09/03/arts/into-an-age-of-fake-art-a-very-real-quandary.html?pagewanted=all&src=pm* (15/09/2013). En este caso ya concurriría el engaño.
36. Lucie-Smith, E.: *Diccionario de términos artísticos.* Barcelona, Ediciones Destino, 1997.
37. Lucie-Smith, E.: (*op. cit.),* p. 145.
38. Lucie-Smith, E.: (*op. cit.),* p. 60.
39. Lucie-Smith, E.: (*op. cit.),* p. 171.
40. Lucie-Smith, E.: (*op. cit.),* p. 172.

La *Réplica* es un tipo más específico de copia[41]. Puede suceder que por la mala conservación de los objetos originales sea imposible su exhibición en un museo. En este caso, el museo exhibe réplicas o copias, debidamente indicadas.

Diferente de la réplica es la *Reproducción*. Esta también se encuentra en los museos, pero a diferencia de las réplicas que están dentro de las vitrinas, las reproducciones se encuentran en las tiendas de los museos, donde las imágenes más significativas de las obras se encuentran reproducidas en infinidad de objetos de consumo: paraguas, tazas, camisetas, etc. respondiendo a la cultura de masas. La *reproducción,* por otra parte, está muy ligada a los procesos mecánicos, generalmente fotomecánicos actuales, tales como fotocopias, fotografías, calcos, vaciados y otras técnicas digitales intangibles y virtuales, etc. En ellas claramente se distingue que la obra es igual pero no es la original. La época actual está marcada por la posibilidad de la reproducción perfecta e indefinida de cualquier objeto, artístico o no. Walter Benjamin ya trató en 1936[42] los problemas que suscitan en el concepto de original en la obra de arte, los avances tecnológicos que comenzaron en el siglo XIX con el nacimiento de la fotografía.

Los museos de reproducciones contienen ejemplares de obras famosas, sobre todo estatuas en yeso, para su divulgación. Las reproducciones pueden ser exactamente iguales en tamaño y materiales al original, a escala, ampliadas o reducidas.

Aun partiendo de la hipótesis de la existencia de dos objetos idénticos en su origen, éstos llegarán necesariamente hasta la actualidad en condiciones diferentes debido a las diversas vicisitudes a las que han estado sometidos a lo largo del tiempo. En consecuencia, una obra de arte es siempre un *unicum,* un objeto singular, no repetible ni reproducible. Empleando técnicas y materiales idénticos a los originales, se podrán hacer «copias», pero darán lugar a un resultado diverso a la obra original, a no ser que se trate de copias realizadas en un momento cronológicamente cercano al original o a no ser que se hubiera tenido la voluntad de hacer pasar la «copia» por «original», en cuyo caso se trataría más bien de un «falso».

En el *Diccionario de estética* de Henckmann y Lotter[43], se entiende por:

> Originalidad. Designa la unicidad y novedad de una obra de arte, de su contenido y de su forma. En virtud de su o., una obra de arte sobresale de la tradición de la historia del arte, funda nuevos géneros (como la épica homérica, las tragedias de Sófocles, las sinfonías de Mozart y Beethoven, etc.) y establece normas más allá de su propia época. En este sentido, el Fausto, por ejemplo, es

41. Replica: «An exact copy of an artwork, either by the artist who created the original, or by another hand». En: Clarke, M. y Clarke, D. *The Concise Oxford Dictionary of Art Terms.* Oxford, Oxford University Press, 2013.
42. Benjamin, W.: «*La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*», (*op. cit.*). En ella afirma cómo la reproducción mecánica modificaba la condición de arte, cómo despojaba al arte de su «aura» tradicional y por lo tanto de su autoridad.
43. Henckmann, W.; Lotter, K.: (*op. cit.),* p. 184.

una obra «inconmensurable» (Goethe) o la Divina comedia de Dante, la cual se sustrae a las clasificaciones y valoraciones tradicionales (Schelling).

Junto a este sentido enfático la o. designa también la singularidad del artista, su creatividad y su facultad de expresar algo nunca visto ni nunca dicho, con lo que se distingue de la epigonalidad de la mera imitación, así como del eclecticismo, que retoma muchas influencias sin fundirlas en algo propio y unitario.

Tras el anonimato del artista en la Edad Media la exigencia de o. se impone por vez primera en el Renacimiento y, sobre todo, en la Ilustración (cf. Mortier). Con el arte como mercancía la o. deviene también un signo de mercado del artista. Sin embargo, la o. amenaza con degenerar en la dirección contraria, a saber, hacia el amaneramiento individual y el efectismo, el cual se mide especialmente en el siglo XX a partir de la sensación y el efecto. La exigencia de o. subsume las tendencias estilísticas del arte moderno bajo el rápido cambio de la moda.

Hegel, en polémica contra el «genio original» y la exaltación de su subjetividad, define la verdadera o. como la completa fusión del artista con la objetividad y la vida de la materia. Para Goethe, las obras originales no son el mérito de los individuos a los cuales tan sólo se les atribuye la energía y resistencia de la apropiación, elaboración y solidificación, sino el resultado que surge de la acción combinada entre todas las épocas. K. L.

Original es por tanto, una obra de arte que hace el artista mismo, que surge de su inventiva, y que se caracteriza por su unicidad y novedad.

Por tanto, a la hora de acercarnos a una obra de arte, realizaremos una doble lectura: *descriptiva o denotativa* (o *iconográfica),* que nos dice sencillamente qué es lo que está representado en la obra, qué «se ve» en la imagen; y una lectura *interpretativa* o *connotativa* (o *iconológica),* y que constituye la fase más compleja. Interpretar una obra de arte significa comprender a fondo el mensaje y la función que le ha atribuido el artista o lo que quería comunicar. Para ello puede ser importante examinar el contexto religioso, histórico y cultural en el que fue creada la obra. Es fundamental la lectura de la estructura expresiva, es decir, del lenguaje de las formas utilizado por el artista para expresarse. El valor artístico de una obra está en la manera en que el autor ha unido colores, espacios, líneas, o bien formas modeladas (obras plásticas) y formas arquitectónicas (edificios de calidad artística). Para interpretar una obra muchas veces es necesario conocer el significado de las figuras simbólicas. El autor puede haber utilizado algunas imágenes con un significado distinto al que tienen a primera vista. La descodificación de los símbolos nos puede dar claves interpretativas mucho más ricas.

En el delito de plagio está el peligro de las *referencias*. Es interesante conocer las referencias de una obra, los elementos comunes con obras de otras épocas. Cada artista ha aprovechado las experiencias de los maestros predecesores y, a su

vez, ha dejado a las generaciones venideras una herencia de conocimientos. Con el curso de los siglos, modelos antiguos han sido retomados y reinterpretados.

6. EL RESULTADO TÍPICO: «EN PERJUICIO DE TERCERO»

Una de las diferencias apreciables entre el primer párrafo del vigente artículo 270 del CP/1995 y el derogado 534 bis a) CP/1973 es la presencia en aquél de un nuevo elemento típico: la exigencia de que la conducta se desarrolle por el autor «en perjuicio de tercero». Esta expresión –elemento clásico de varios tipos penales como los de apropiación indebida, estafa y alzamiento de bienes– se integró en el Código de 1995 en algunas descripciones novedosas de comportamientos previamente tipificados, como, entre otros, es el caso del tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual.

No es preciso que una conducta como la enjuiciada provoque un concreto perjuicio a los titulares del derecho de propiedad intelectual, basta con que la conducta sea apta para generarlo. Basta con la concurrencia de un ánimo tendencial, es decir, basta con que la conducta revele una intencionalidad de –y sea apta para– provocar un resultado perjudicial para los intereses económicos del legítimo titular.

El artículo 270 CP ya adelanta suficientemente la protección del interés protegido castigando conductas de mera puesta en peligro del mismo; las de reproducción y de almacenamiento, que en sí mismas no suponen un peligro para el bien jurídico protegido sino cuando van destinadas –«en perjuicio de tercero»– a la comercialización de los productos reproducidos o almacenados.

Por tanto, el precepto castiga estos «actos preparatorios» previos a la comercialización; el perjuicio o la lesión al bien jurídico a través de dichas conductas, radica en su potencialidad lesiva para la expectativa patrimonial de los titulares de los derechos de TRLPI afectados; potencialidad lesiva conformada por la finalidad última de comercialización y la idoneidad objetiva de la concreta conducta para la lesión del bien jurídico.

> «Asimismo, ha de ponderarse que "la responsabilidad civil derivada del delito supone la restauración del orden jurídico y económico, alterado y perturbado, en mayor o menor medida por la infracción punible, restauración que ha de operar siempre sobre realidades y no en cuanto a hipótesis y futuros perjuicios porque ha de tenerse siempre presente que la indemnización no es consecuencia directa del delito, que puede existir, pero no necesariamente sigue al hecho punible"» (STS de 25 de junio de 1985 [RJ 1985, 3050]).

Por ello, para la aparición de responsabilidad civil «*ex delicto*» resulta necesario: 1. Que se haya producido una lesión, es decir, que se hayan generado unos concreto daños materiales o se hayan identificado unos lógicos daños morales. 2. En el

supuesto de daños materiales (sea como daño emergente o en la variante de lucro cesante) han de ser de todo punto reales y actuales (o de inequívoca producción futura en un buen juicio de razonabilidad), no pudiendo ser confundidos con las meras expectativas. 3. Tal lesión debe haber incidido en el patrimonio del afectado, no en el de otras personas físicas o jurídicas que guarden relación con el mismo, las cuales, en su caso, deberán ejercitar, como perjudicados, su correspondiente acción resarcitoria autónoma. Y 4. Entre la lesión y el comportamiento delictivo ha de existir un nexo de causalidad suficiente según las reglas del criterio humano.

En definitiva, pues, la responsabilidad civil derivada de los delitos, según la doctrina jurisprudencial más reciente, es civil aunque se ejercite en el proceso penal (STS de 14 de octubre de 2002 [RJ 2002, 9289]), respondiendo al principio de economía procesal (STC 28 de enero de 2002 [RTC 2002, 15]) y STS de 22 de noviembre de 2002 [RJ 2003, 76]).

Se rige por los propios principios civiles, STS de 23 de enero de 2003 (RJ 2003, 962), principalmente dispositivo y de congruencia (STS 14 de noviembre de 2001 [RJ 2002, 1222] y de 29 de julio de 2002 [RJ 2002, 6357]), debiendo probar los daños y perjuicios quien los alega (STS de 20 de junio de 2001 [RJ 2001, 9981] y de 24 de junio de 2002 [RJ 2002, 5970]).

7. RELACIONES DE CONCURSO

El delito de plagio puede concurrir con el de estafa. La estafa es un delito en el que el sujeto activo se aprovecha mediante engaño intencional (que puede revestir innúmeras modalidades e incontables maneras de manifestarse, y que consiste en la acechanza tendida en la buena fe ajena, en la maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta, anzuelo, cimbel o reclamo[44]), con la que se induce a la víctima a un error y a viciar su voluntad y así realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno. Este error puede deberse tanto al caso de generación de una obra de arte o antigüedad falsa como la alteración de una auténtica dando un aspecto mejorado respecto del original. La figura básica del delito de estafa y a los preceptos que la complementan, ciñéndose el análisis jurídico en consecuencia al precepto artículos 248.1, 249 y 623.4 del CP como más fundamentales.

En cuanto a la concurrencia del delito de estafa y el plagio cuando lo sea, se resuelve de acuerdo con las reglas del concurso medial o teleológico contemplado en el artículo 77.1º CP, toda vez que frecuentemente el plagio, de acuerdo con un plan unitario del autor, es una conducta realizada como antesala de la ulterior estafa en la que la obra así falsificada es el instrumento del engaño. Se da, por tanto, una identidad parcial entre la actividad ejecutiva del delito medio y la del delito

44. STS de 20 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1979).

fin, que justifica el tratamiento del caso como un solo hecho, esto es, imponiéndose la pena prevista para la infracción más grave en grado máximo.

8. CONCLUSIONES

Al comienzo de nuestro trabajo partíamos de una constatación: estamos frente a una situación de modalidad delictiva que se está incrementado actualmente debido a los importantes beneficios económicos generados por esta actividad y por la facilidad de ejecución con los nuevos medios tecnológicos de reproducción. Hemos intentado buscar un diálogo entre distintas disciplinas jurídicas, criminológicas e histórico-artísticas para evitar así la parcialidad con que cada disciplina ha pretendido acercarse exclusivamente a una parte del saber, olvidando todo el conjunto del que forma parte esencialmente. Con ello, desde la perspectiva de que el plagio es un ilícito penal, hemos evitado centrarnos exclusivamente en aspectos o elementos técnicos e inconexos que carecen de sentido al desvincularse del todo del que forman parte.

Todo lo anterior conlleva algunas conclusiones a las que hay que hacer referencia, así:

PRIMERA

Hemos analizado el proceso de formación de la categoría tan relevante en la teoría del Arte como es la noción de «obra». Desde la perspectiva de nuestro derecho penal, en el Código Penal no hay una definición de obra artística y solo hay una alusión explícita a este concepto en «*una obra literaria, artística o científica*» del artículo 270. Dicho precepto penal es un tipo en blanco debiendo llenar el sentido del elemento típico «obra artística» mediante la llamada Ley civil, en este caso, la Ley de Propiedad Intelectual. En esta ley tampoco existe una definición legal, aunque sí la mención de distintos supuestos como ejemplos de este tipo de obras, sin ánimo de determinar, en ningún momento, un listado cerrado.

SEGUNDA

El artículo 270 CP no exige característica alguna en el sujeto activo, por lo que habrá que concluir que no se trata de un delito común.

TERCERA

Respecto al delito contra la propiedad intelectual, considera la Jurisprudencia que no existe delito desde el momento en que *no existe una obra preexistente* que se hay plagiado o copiado sin la autorización de sus titulares.

CUARTA

Atribuir a un artista *lo no creado por el artista* no es un delito contra la propiedad intelectual. Tal vez por un olvido del legislador o tal vez por un acentuado, aunque estricto, concepto de la propiedad intelectual como una necesaria crea-

ción preexistente e independiente del creador de suerte que lo que no preexiste no puede ser objeto de reproducción, plagio, distribución, etc. La realización por alguien de una obra pictórica, un cuadro, original (no copia de otro preexistente) y su atribución a otro que no ha sido el autor, pero que es un pintor famoso cuyos temas, estilo, tonalidades cromáticas o/y firma habituales se imitan y cuya forma y buen nombre se aprovechan para obtener un mayor beneficio, no es admisible la interpretación extensiva del concepto de «plagio».

QUINTA

Criterio representado por la novedad objetiva, bien en relación con el estado general de la creación, bien presentando éste factor en términos aún más asépticos o de probabilidad estadística.

SEXTA

En los últimos tiempos la doctrina ha puesto de relieve las insuficiencias de que adolece el criterio subjetivo en orden a la protección de las denominadas obras «menores» y de «arte aplicado» debido a la implícita exigencia, que dicho criterio conlleva, de que para poder apreciar originalidad la obra deba exhibir o denotar cierta «altura creativa».

9. BIBLIOGRAFÍA

Armengot Vilaplana, A.: «La protección de los derechos de propiedad intelectual en la legislación española», en *Anuario da facultade de dereito da universidade da Coruña,* n° 6, 2002.

Bajo Fernández, M.: «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales,* 1975, pp. 369 y ss.

Benjamin, W.: «La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica», en *Discursos interrumpidos.* Madrid, Taurus, 1973, pp. 17-59.

Bercovitz, A. y Rodríguez-Cano, R.*: Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.* Madrid, Tecnos 1997, p. 158.

Blasco Ruiz, A. y Ballestero Pareja, E.: *Valoración y tasación de obras de arte.* Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 1997.

Carmona Salgado, C.: *La nueva Ley de Propiedad Intelectual.* Madrid, Montecorvo, 1998.

Castán Vázquez, J. M.: «Comentario al artículo 166 CC» en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, 1991.

Danto, A.: «The Artworld» (1969), en Margolis, J.: (Ed.), *Philosophy Looks at the Artículos* Filadelfia, Temple University Press, 1978, pp. 139-141.

Del Rosal Blasco, B.: (Dir.) *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

Delgado Porras, A.: *Panorámica de la protección civil y penal en materia de Propiedad Intelectual*. Madrid, Civitas, 1988.

De Couto Gálvez, R.; De Martín Muñoz, A.; Corripio Gil-Delgado, R. y Gómez Lanz, J.: *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica*. Madrid, Fundación Arte y Derecho-Trama, 2004.

Dickie, G.: «Defining art», en *American philosophical quarterly,* 1969.

Díez Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Tecnos, vol. II, 2012.

Eco, U.: *Los límites de la interpretación*. Barcelona, Lumen, 2000.

Espín Canovas, D.: *Los derechos de autor de obras de arte*. Madrid, Civitas, 1996.

Gómez Benítez, J. M. y Quintero Olivares, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*. Madrid, Civitas, 1988.

Gálvez Giménez, A., *Cita de la pintura. Estrategias autorreferenciales en la pintura*. Valencia, Colección Alfons el Magnànim, 2005.

García Leal, J., *Arte y conocimiento*. Granada, Universidad de Granada, 1995.

Gómez Lanz, J., «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes *peer-to-peer:* algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», en *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía,* 51, 2002, pp. 34-63.

González Gómez, A.: *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual: de la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*. Madrid, Tecnos, 1998.

Guadalajara Olmeda, N.; Blasco Ruiz, A. y Guijarro Martínez, F., «Valoración de las obras de artes pictóricas. El caso español de pintores contemporáneos en la década de los 90». *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*. 10, n° 4, 2001.

Latorre Latorre, V.: *Protección Penal del Derecho de Autor*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

López Barja de Quiroga, J.: «Los delitos contra la propiedad intelectual», *Empresa y Derecho Penal (II),* en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, CGPJ, 1998.

Marín García de Leonardo, M. T.: «Actos de disposición de bienes de menores sometidos a patria potestad», en *Revista de Derecho. Privado,* Tomo LXX, 1986.

Martín Baños, P.: «Los conceptos de imitación y originalidad antes del Romanticismo», en *Actas de las IV Jornadas de Humanidades Clásicas* 2006, pp. 285-292.

Montero, I: *Un modelo de valoración de obras de arte* (tesis). La Laguna, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, 1994.

Pantaleón Prieto, F.: «Comentario al artículo 352 CC», en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, 1991.

Vega Vega, J. A.: *Protección de la propiedad intelectual.* Madrid, Reus, 2002.

Ventoso Escribano, A.: *La representación y disposición de los bienes de los hijos.* Madrid, Colex, 1989.

Weitz, M.: «The role of Theory in Aesthetics», en *The Journal of Aesthetics and Art Criticism,* 15, 1956. pp. 27-35, citado por García Leal, J.: *Arte y conocimiento.* Granada: Universidad de Granada, 1995.

Ziff, P., «The task of defining a work of art «, en *Philosophical Review* 62 (1), 1953.

10. HEMEROGRAFÍA

Celis, B.: «El pintor que falsificaba gratis», 30 de enero de 2011, en *El País,http://elpais.com/diario/2011/01/30/domingo/1296363154_850215.html* (16-9-2012).

Fernández, E.: «Elogio de la réplica». En: *El País. Madrid,* febrero 2013. *http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/01/31/madrid/1359654985_497302.html* (1/03/2013).

Honan, H.: «Into an Age of Fake Art: A Very Real Quandary». En: *The New York Times,* septiembre, 1991. *http://www.nytimes.com/1991/09/03/arts/into-an-age-of-fake-art-a-very-real-quandary.html?pagewanted=all&src=pm* (15/09/2013).

McAndrew, C.: «El mercado global del arte en 2013. Líderes y rezagados», en *Círculo Arte y Mecenazgo,http://fundacionarteymecenazgo.org/wp-content/uploads/2013/07/ClareAndrew_sintesi_DEF_vAyM1.pdf* (15/10/2013).

MUSEO NACIONAL DEL PRADO. «El Museo del Prado recibe como copistas un grupo de pintores de las mejores escuelas de Bellas Artes de China», enero 2013. *http://www.museodelprado.es/sala-de-prensa/noticias/noticia/volver/72/actualidad/el-museo-del-prado-recibe-como-copistas-un-grupo-de-pintores-de-las-mejores-escuelas-de-bellas-artes/* (1/03/2013).

11. ANEXO

El artista y filósofo Paul Ziff[45] considera que el problema central del propósito de definir qué es una obra de arte recae en el hecho de que la «obra de arte» no es un concepto fijo. Pero el mismo interés de definición de arte, dice Ziff, es el mejor que trata de describir lo que se considera una obra aceptada en cualquier momento. La esperanza de encontrar alguna definición «real» del arte (como un conjunto de condiciones necesarias y suficientes) es una tarea infructuosa porque esa definición está siempre sujeta a cambio con la siguiente revolución artística.

45. Ziff, P. «The task of defining a work of art», en *Philosophical Review* 62 (1), 1953, pp. 58-78.

Posteriores a Ziff, otros autores como Morris Weitz sostienen que el concepto de arte total desafía la definición[46]. Su tesis central es la de que la definición del arte no es que sea difícil de hecho, sino que es *lógicamente imposible*. El arte carece de una esencia desde la que puedan determinarse condiciones necesarias y suficientes de lo artístico.

Las propiedades comunes no tienen por qué estar vinculadas (como en ocasiones parece suponerse) a una pretendida esencia intemporal del arte. Pero la cuestión está en si tal decisión sobre lo que es artístico puede derivarse internamente de los propios conceptos estéticos, y remite a cualidades intrínsecas de los objetos –que reconocemos en ellos–, o bien, esa decisión, aún sin ser arbitraria, responde a otro tipo de factores: unos factores externos a los objetos artísticos, es decir, que no tienen que ver con la naturaleza interna de estos.

Algunas teorías del arte, actualmente predominantes, tienen en común el no definir lo artístico por razones que aludan en primer término a propiedades intrínsecas de las obras de arte y, paralelamente, el basar la definición en razones de carácter socio-cultural o en razones «institucionales».

Podemos hablar pues de dos tipos de definiciones: las culturales (o contextuales) y las institucionales.

De la primera, cultural, un artículo de 1964 de Arthur Danto, *The Artworld*[47], ha jugado sin duda un papel decisivo. Según Danto, del mismo modo que las personas y sus cuerpos físicos no pueden distinguirse por criterios exclusivamente perceptivos, tampoco esos criterios meramente perceptivos permiten distinguir las obras de arte y los objetos físicos a los que están vinculadas. Las obras de arte, indica Danto, poseen una doble ciudadanía: pertenecen, por un lado, al mundo de los objetos físicos y, por el otro, al «mundo del arte». Este último está conformado por el conocimiento de la historia del arte y, sobre todo, por la teoría artística vigente en ese momento. Cuando alguien está imbuido de este mundo, domina el *es* de la identificación artística, es capaz de contemplar algo como obra de arte o –lo que es igual para Danto– es capaz de *constituirlo* como obra artística. Así pues, «lo que establece en definitiva la diferencia entre un bote de Brillo y la obra de arte que consiste en un bote de Brillo (en referencia a la obra de Warhol), es una cierta teoría del arte. Es la teoría la que lo hace entrar en el mundo del arte, y le impide quedar reducido a ser el objeto real que es»[48].

---

46. Weitz, M.: «The role of Theory in Aesthetics». En: *The Journal of Aesthetics and Art Criticism,* 15, 1956. pp. 27-35, citado por García Leal, J. *Arte y conocimiento.* Granada: Universidad de Granada, 1995.
47. Danto, A.: «The Artworld» (1969), en Margolis, J.: (Ed.), *Philosophy Looks at the Arts,* Filadelfia, Temple University Press, 1978, pp. 139-141.
48. Danto, A., *The Art World* (*op. cit.)* p. 141.

De este modo se cierra la explicación de Danto: no son las cualidades perceptibles del objeto –lo que cualquier ojo puede ver en él–, sino que *es la teoría del arte lo que constituye algo como obra artística.* La cama de Rauschenberg o los botes de Brillo de Warhol no habrían podido ser arte en una época anterior. Lo son porque se insertan en una tradición artística y se acogen a una teoría del arte prevaleciente en New York durante esos años. La teoría, pues, aparece como condición necesaria y lógicamente anterior a la obra de arte. La teoría de puertas abiertas del arte dice «adelante» a todas las obras y mensajes, pero no parece explicar muy bien cómo una obra de arte comunica su mensaje.

La consideración del arte como símbolo (por ejemplo, y en términos generales, tal como la plantea Goodman) podría ser otra perspectiva cultural.

La estructura simbólica de la obra de arte permite dar cuenta de sus rasgos constitutivos tanto en el plano formal y el del contenido como en el de la necesaria imbricación de ambos. El símbolo artístico posee *ciertas propiedades generalmente denominadas «estéticas»,* que tienen que ver con la unidad o integración interna de sus partes, con la complejidad armónica, etc., y que dan como resultado la belleza, sea cual sea el concepto con que determinemos a ésta. Tiene, en tanto mecanismo de simbolización, *ciertas características de orden sintáctico,* como la ausencia de un lenguaje articulado (con un vocabulario compuesto de unidades básicas y un canon estable de composición de tales unidades). Tiene *una peculiar manera de aunar los significantes y los significados,* regida por el principio de inmanencia sensible del significado. Y, sobre todo, el símbolo artístico, respecto a aquello que simboliza, ofrece *un género especial de conocimiento,* ni superior ni inferior al conocimiento teórico, simplemente distinto.

Sin embargo, parece haber extrapolado más allá de lo conveniente un problema concreto, el de cómo el espectador desconcertado ante las obras de vanguardia, puede iniciarse en el reconocimiento del arte. No parece existir otro camino que el de informarle sobre la historia del arte y sobre la evolución interna, aún cuando sea rupturista, que ha dado lugar a esas últimas manifestaciones. Será por tanto el actual contexto cultural, en tanto engarzado con la tradición, el que permita el reconocimiento de lo artístico.

Junto con estas *Teorías culturales,* podemos hablar de la *Teoría institucional.*

Iniciada por George Dickie en 1969 con su obra *Defining Art*[49]; desde entonces, la mayor parte de su producción teórica ha consistido en reformulaciones de la versión temprana de su Teoría institucional, que con mayor o menor éxito ha logrado sobrevivir a las críticas que recibiera de autores preocupados por las características inherentes de las obras de arte (Danto, Goodman, Wolheim, etc.).

49. Dickie, G., «Defining art», en *American philosophical quarterly,* 1969.

El artículo que inspira a DICKIE para crear la teoría es *The Art Wold* (1964) de Arthur DANTO[50]. La pregunta motriz de aquél trabajo era: ¿Qué hace de la *Brillo Box* una obra de arte cuando los objetos a los que se parece exactamente, al menos bajo un criterio perceptivo, son meras cosas, o, al menos, meros artefactos? Parte de la respuesta podía encontrarse en las frecuentes alusiones de DANTO al marco institucional del mundo del arte, como un conjunto de convenciones más o menos concretas, más o menos teóricas, que operan validando y promoviendo ciertos objetos a la condición de arte, al tiempo que les niegan de manera explícita o velada esta misma categoría a otros. Pero la respuesta no se agotaba ahí; estaban ya en germen las propiedades semánticas de los objetos artísticos que exigen del sujeto perceptor una actitud cognitiva.

El reconocimiento y la acogida dados a un producto artístico, en una determinada época, estará subordinando a los criterios valorativos y a los términos instaurados para la actividad artística. Es bien sabido que en el panorama contemporáneo del arte abundan objetos que no se hubieran considerado artísticos en épocas anteriores: desde hileras de piedras hasta neumáticos de coche, cualquier *objet trouvé* puede sorprendernos en una sala de exposiciones. Hay cuadros que se limitan a dos líneas cruzadas, o a unas manchas de color. Se consideran artísticas ciertas acciones o intervenciones que se agotan en su propio ejercicio. Las teorías opuestas a la definición del arte y las que lo definen por los factores externos que lo acompañan, rehuyen precisar unas condiciones necesarias y suficientes de lo artístico; entienden que tales condiciones producirían necesariamente un cierre extensional del concepto de arte. Suponen que con ello se establece una no deseada, rígida e inamovible demarcación entre lo que es arte y lo que no lo es. Se limitan, por tanto, a describir los criterios operativos prevalentes con los que actualmente se reconoce lo artístico.

50. DANTO, A., *The Art World* (*op. cit).*