

ANUARIO IBEROAMERICANO
DE DERECHO DEL ARTE
2020

CONSEJO EDITORIAL:

Encarnación ROCA TRÍAS (presidenta)

Catedrática de Derecho Civil. Vicepresidenta del Tribunal Constitucional.

Carmen ACEDO GRANDE (vocal)

Abogada del Estado. Ministerio de Cultura y Deporte.

Evelio ACEVEDO CARRERO (vocal)

Director Gerente del Museo Thyssen Bornemisza.

Pío CABANILLAS ALONSO (vocal)

Abogado. Presidente de PROTV, S.A.

Ramón CASAS VALLÉS (vocal)

Profesor Titular de Derecho Civil (Universidad de Barcelona).

Agustín GONZÁLEZ GARCÍA (vocal)

Socio emérito de Uría Menéndez. Patrono de la Fundación Profesor Uría.

Anna O'CONNELL (vocal)

Profesora de Derecho del Arte (London School of Economics). Presidenta de la Asociación de Derecho del Arte.

Eduardo SERRA REXACH (vocal)

Presidente de la Fundación Everis.

DIRECTOR:

Rafael SÁNCHEZ ARISTI

Catedrático de Derecho Civil (Universidad Rey Juan Carlos). Consultor de Uría Menéndez.

FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL ARTE

2020

Prólogo

MIGUEL FALOMIR FAUS



CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2021



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

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 su autor 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.

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 volumen 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

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Fundación Profesor Uría]

© Portada: Fundación Profesor Uría.

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISSN: 978-84-2530-754-1

DL NA 1353-2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

Objetivo, temática y destinatarios del Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte

El Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte (el “**Anuario**”) es una publicación, como su nombre indica, de periodicidad anual, que pretende reunir en cada edición las aportaciones doctrinales más señeras en el panorama del Derecho del arte. Para lograrlo, se nutre en parte de los artículos –premiado y finalistas– procedentes del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte (el “**Premio Rodrigo Uría**”), organizado cada año por la Fundación Profesor Uría (la “**Fundación**”). El Anuario aspira también a alimentarse de originales enviados espontáneamente a su redacción, para lo que se ha dispuesto una dirección electrónica (anuario@fundacionprofesoruria.org).

Junto con la sección doctrinal (“Estudios”) el Anuario incorpora otras cuatro secciones fijas: (i) “Legislación”, la cual comprende información sobre novedades legislativas y proyectos normativos en marcha, de interés dentro de la disciplina; (ii) “Jurisprudencia”, compuesta de reseñas de las principales novedades jurisprudenciales en el sector; (iii) “Bibliografía”, donde se contienen las referencias de las publicaciones habidas en el periodo de referencia sobre las materias a las que se refiere el Anuario; y (iv) “Varia”, sección de cierre en la que se ofrece un conjunto de otras contribuciones, desde artículos breves, notas o informes, a crónicas de eventos, noticias o convocatorias de interés para los lectores del Anuario.

Dada la vocación iberoamericana del Anuario, la procedencia geográfica, tanto de los estudios como de los materiales correspondientes al resto de secciones, se abre desde España y la Unión Europea hacia Portugal y los países de la órbita centro y sudamericana; sin descuidar las normas de carácter internacional, ni renunciar a proporcionar informaciones procedentes de países

relevantes dentro del mercado del arte y de la protección del patrimonio cultural, como pueden ser Reino Unido, Estados Unidos, Francia o Italia, entre otros.

Para el Anuario, el Derecho del arte es una disciplina de amplio espectro que comprende, al menos, y sin carácter exhaustivo: (a) el estatuto de las obras de arte y su circulación en el mercado, tanto desde el punto de vista material (contratos de compraventa, permuta, subasta, depósito, préstamo, seguro, transporte, exposición y de financiación, además de aspectos sucesorios y de Derecho de familia), como inmaterial (cesión y gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual); (b) el régimen jurídico de los bienes que componen el patrimonio histórico-artístico en sus diversas modalidades, lo que incluye aspectos como su exportación, importación, expolio, tráfico ilícito y restitución;

(c) el régimen de protección del patrimonio cultural inmaterial; (d) los aspectos jurídicos relevantes para la organización y funcionamiento de los museos y otras instituciones culturales relacionadas con el arte; (e) cuestiones relativas a la fiscalidad y el mecenazgo en materia de obras de arte; (f) problemas en torno a la autenticación de obras de arte y los delitos de falsificación, estafa y robo de obras de arte y bienes culturales protegidos.

Se trata, como decimos, de una enumeración ejemplificativa. Las manifestaciones del arte son variadas y cambiantes, la línea de demarcación conceptual entre «arte» y «cultura», o entre «arte» y «patrimonio histórico», es delgada, y la evolución del mercado y de la tecnología nos pone cada día ante nuevas realidades que se resisten a todo intento de clasificación.

Los destinatarios del Anuario serán pues, fundamentalmente, los juristas, teóricos y prácticos, involucrados en algunas de las materias a que nos hemos referido u otras que quepa asimilar a ellas, pero también los que cultivan otras disciplinas u oficios alrededor del arte, el patrimonio histórico y la cultura, a quienes no les sean indiferentes –y a buen seguro, a la mayoría no les serán– los aspectos jurídicos ligados a su área de actividad. Desde los creadores plásticos y los coleccionistas e inversores, hasta los museos y galerías, pasando por los marchantes y agentes, las casas de subastas, los curadores o comisarios, los restauradores y conservadores, los investigadores y estudiosos del arte –desde una perspectiva historiográfica, filosófica, sociológica, económica–, los críticos y, en último extremo, el público destinatario de las obras artísticas.

No existiendo en España –creemos– ninguna publicación que reúna las características del Anuario en cuanto a temática, estructura y periodicidad, nos proponemos humildemente colmar esa laguna. Confiamos, con la ayuda de quienes generosamente han aceptado participar en el Consejo Editorial,

poder cumplir nuestra misión y lograr que el Anuario contribuya a fomentar el estudio y el debate científico de los aspectos jurídicos del arte, así como a la divulgación de las novedades de toda índole que se vayan produciendo y que puedan interesar a los diversos sectores profesionales que giran alrededor del fenómeno del arte.

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE ORIGINALES

El Anuario se nutre de hasta tres tipos de trabajos de investigación originales:

- i. los que proceden, como artículo premiado o artículos finalistas, de la correspondiente edición del Premio Rodrigo Uría, que convoca anualmente la Fundación;
- ii. los que proceden de envíos espontáneos remitidos al Consejo Editorial del Anuario a través de los cauces habilitados al efecto; y
- iii. los que provienen de encargos específicos realizados eventualmente por la Fundación a investigadores y expertos en el campo del Derecho del Arte.

Los criterios de selección y evaluación de los trabajos son los que se exponen a continuación en cada uno de los casos.

A) ARTÍCULOS PREMIADOS O FINALISTAS DEL PREMIO RODRIGO URÍA

De conformidad con las bases de las sucesivas convocatorias del Premio Rodrigo Uría, los artículos premiados, así como otros artículos elegidos para ello por la Fundación una vez oído el Jurado, serán publicados por la Fundación. En cumplimiento de esa previsión, como resultado de las ediciones del Premio Rodrigo Uría ya celebradas, los trabajos premiados y otros trabajos seleccionados por el Jurado han sido objeto de publicación en ediciones anteriores del Anuario.

El proceso de selección de estos artículos es el propio de los trabajos presentados al Premio Rodrigo Uría y aparece descrito en las bases de las convocatorias. Conforme a dichas bases, se exige que se trate de artículos originales y no divulgados, y se establece la presentación de los mismos a través de un sistema que garantiza el anonimato: remisión por vía electrónica del texto del artículo de manera tal que el autor no pueda ser identificado por la dirección de correo electrónico remitente ni de ningún otro modo, y remisión postal de carta en la que se incluya plica con el título del trabajo en cuyo interior consten los datos personales del autor.

Por consiguiente, y como no podía ser de otro modo, el Jurado del Premio Rodrigo Uría¹, lleva a cabo la selección del trabajo premiado sobre la base de un perfecto anonimato. La valoración de los trabajos no premiados efectuada por el Jurado sobre esa misma base, constituye el criterio que la Fundación tiene en cuenta para la inclusión de aquellos en el Anuario.

B) ARTÍCULOS ENVIADOS ESPONTÁNEAMENTE POR SUS AUTORES

Con independencia de la anterior vía de selección, que pasa por la presentación al Premio Rodrigo Uría, la aceptación de sus bases y la eventual selección por parte del Jurado, los interesados pueden hacer llegar sus trabajos de manera directa al Anuario, para su evaluación, eventual aceptación y posterior publicación, mediante el envío de los mismos en formato electrónico a la dirección *anuario@fundacionprofesoruria.org*. Los trabajos deberán versar sobre cualquier materia de Derecho del Arte en el sentido que ha sido descrito más arriba, y ateniéndose a las pautas de redacción y presentación que se señalan más abajo.

Los trabajos enviados por este conducto, deben ser originales y no haber sido divulgados, aceptados, enviados o comprometidos con ninguna otra revista, editorial, institución o medio de difusión de cualquier tipo. El incumplimiento por el autor de esta condición liberará a la Fundación de cualquier compromiso adquirido respecto de la publicación del trabajo.

Los autores de los originales podrán disponer libremente de ellos si la Fundación no los publicara en el plazo de un año contado bien desde su envío, bien desde la aceptación formal del trabajo, si ésta se hubiera producido. No obstante, podrá ser acordado un aplazamiento con el autor si, por acumulación de originales, no fuese posible publicar antes de un año un trabajo formalmente aceptado. La mera noticia de recepción del envío no equivaldrá a la aceptación formal del trabajo.

Los originales recibidos deberán superar una primera fase de selección preliminar por el Consejo Editorial del Anuario. En caso de aceptación del trabajo por el Consejo Editorial, ésta será comunicada al autor por la Dirección del Anuario. La decisión de no aceptación preliminar de los trabajos no tendrá por qué ser motivada.

1. El Jurado del Premio Rodrigo Uría está compuesto por D. Daniel Proença de Carvalho, quien lo preside, D.^a Encarnación Roca Trías, D. Miguel Satrústegui Gil-Delgado, D. Juan Cadarso Palau y D. Juan E. Cambiaso, actuando como secretario –con voz pero sin voto– D. Agustín González García.

Una vez formalmente aceptados, los trabajos se someterán a un proceso de evaluación externa apoyado en informes emitidos por dos revisores ajenos al Consejo Editorial. Dichos expertos deberán emitir sus informes sobre la calidad del trabajo evaluado teniendo en cuenta, entre otros aspectos, si la materia tratada goza de suficiente interés teórico o práctico, si el método de análisis se ajusta a los estándares científicos, si el trabajo está correctamente estructurado desde el punto de vista expositivo, si los razonamientos vertidos y las conclusiones alcanzadas poseen suficiente rigor, si la bibliografía y materiales empleados resultan suficientes y si la redacción y presentación del trabajo se atiene a patrones de calidad formal homologables.

El proceso de evaluación externa se desarrollará bajo el sistema del simple ciego, a menos que el autor solicite, en respuesta a la comunicación formal de aceptación del trabajo para evaluación, su preferencia por el sistema de doble ciego. En este caso, el autor será responsable de llevar a cabo la anonimización de su trabajo. Si ésta no fuera completada por el autor dentro del plazo concedido al efecto, el artículo se revisará bajo el sistema de simple ciego.

Sobre la base de los informes externos recibidos, el Consejo Editorial comunicará a los interesados la decisión definitiva sobre la aceptación, necesidad de revisión o rechazo de los originales. En caso de necesidad de revisión o de rechazo, la decisión será motivada y se remitirán al autor los dictámenes emitidos por los evaluadores externos. Si el artículo exigiera una labor de revisión, la Dirección del Anuario concederá al autor un plazo prudencial para llevarla a cabo. Si el artículo no fuera revisado en plazo, o el autor no atendiera de manera satisfactoria las indicaciones formuladas por los evaluadores externos, el Consejo Editorial podrá rechazar motivadamente el artículo de manera definitiva.

Los artículos revisados en plazo y de forma satisfactoria serán objeto de definitiva aceptación y se publicarán en su integridad. La Fundación se reserva el derecho de publicar los artículos tanto en soporte papel como en formato electrónico. Los autores de los trabajos que sean publicados en el Anuario no podrán explotarlos en otra publicación, sea ésta editada en soporte papel o electrónico, ni aportarlos a un repositorio institucional, a menos que obtengan previo permiso para ello de la Fundación.

A fin de formalizar la cesión de derechos de explotación, los autores de los trabajos aceptados se comprometen a suscribir con la Fundación el oportuno contrato de edición, el cual se registrará por los términos previstos para la edición de los trabajos procedentes del Premio Rodrigo Uría conforme a las bases de la respectiva convocatoria.

Se entenderá que el hecho de efectuar el envío de algún original para su publicación en el Anuario implica la aceptación de todas las condiciones expuestas en este apartado.

C) ARTÍCULOS ENCARGADOS POR LA FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

La Fundación podrá realizar encargos para la elaboración de artículos con vistas a su publicación en el Anuario. Los encargos versarán sobre aquellos temas que resulten de singular interés dentro de las diversas disciplinas del Derecho del Arte y que, a juicio de la Dirección y del Consejo Editorial, no estén suficientemente representados en las anteriores ediciones del Anuario.

Los encargos serán girados de forma personalizada a investigadores y expertos que destaquen por sus conocimientos y/o por su experiencia profesional en campos que estén relacionados con la materia objeto del estudio encargado.

Una vez aceptado el encargo, el autor deberá remitir a la Dirección del Anuario, en el plazo de un mes desde el momento de la aceptación, un proyecto de artículo en el que se refleje el índice o guion del trabajo y un breve resumen de su contenido de entre una y tres páginas. Sobre la base de ese proyecto, la Fundación decidirá si mantiene el encargo en sus mismos términos, si propone al autor la introducción de alguna modificación o si desiste del encargo realizado.

En este último caso, la Fundación no asume ningún compromiso, económico o de otra índole, con el autor cuyo proyecto haya sido rechazado.

Una vez producida la aceptación del proyecto, en su caso con las modificaciones sugeridas por la Dirección y/o el Consejo Editorial, los trabajos encargados deberán ser enviados por vía electrónica a la Dirección del Anuario en el plazo máximo de seis meses contados desde que la aceptación del proyecto hubiera sido comunicada al autor. La falta de entrega tempestiva del artículo, o la no adecuación a lo proyectado o a las modificaciones sugeridas, serán causa legítima de no aceptación del trabajo por parte de la Fundación.

Supuesto que el trabajo sea objeto de entrega en el plazo señalado, se atenga a lo proyectado y recoja las modificaciones eventualmente sugeridas por la Dirección y/o el Consejo Editorial, el trabajo se someterá al proceso de evaluación externa descrito en el apartado anterior. A la terminación de dicho proceso, si el trabajo es definitivamente aceptado para publicación, se aplicará igualmente lo previsto en el apartado anterior sobre cesión de los derechos de explotación a favor de la Fundación y suscripción de un contrato de edición.

Se entenderá que el hecho de aceptar el encargo de la Fundación para elaborar un trabajo dirigido a su publicación en el Anuario implica, sin perjuicio de las condiciones particulares acordadas entre las partes, la aceptación de todas las condiciones expuestas en este apartado.

PAUTAS DE PRESENTACIÓN Y REDACCIÓN

Todos los trabajos publicados en el Anuario deberán atenerse a las pautas de presentación y redacción que se especifican a continuación. Ello afecta tanto a los originales enviados de manera espontánea como a los que sean fruto de un encargo, y a los procedentes del Premio Rodrigo Uría, los cuales deberán ser en su caso convenientemente adaptados tras el fallo del Jurado y la subsiguiente selección a cargo de la Fundación.

- 1.^a El texto de los trabajos que sean enviados espontáneamente podrá estar en cualquier formato de texto, no necesariamente editable. Sin embargo, en fase de composición editorial, sea cual sea el origen del trabajo, el autor deberá proporcionar el texto definitivo del trabajo en un archivo formato Word u otro procesador de textos plenamente compatible con él.
- 2.^a Los artículos deberán atenerse a estas pautas básicas de formato:
 - 1.º La letra será de tipo Times New Roman, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas a pie.
 - 2.º Los márgenes superior e inferior serán de 2,5 cm, y los márgenes derecho e izquierdo de 3 cm.
 - 3.º El espaciado interlineal será sencillo, tanto para el texto como para las notas a pie.
 - 4.º El número de página deberá ir en la parte inferior derecha, con el mismo tipo de letra y tamaño que para el texto.
 - 5.º El título del trabajo deberá ir en caja 14 con justificación izquierda. Debajo, con justificación derecha, se hará constar en caja 12 el nombre y apellidos del autor, y en una línea inferior su cargo o filiación académica y/o profesional.
- 3.^a Los artículos deberán incluir los siguientes elementos, que deberán aparecer al comienzo del trabajo, debajo del título y del nombre y filiación del autor, en este mismo orden:
 - 1.º Un resumen del artículo de un máximo de 30 líneas de extensión.
 - 2.º Un breve listado de palabras clave.

- 3.º Un sumario o índice con los distintos apartados y subapartados en que se subdivida el trabajo.
- 4.º Una traducción al inglés del título del trabajo (“Title”), del resumen (“Abstract”), de las palabras clave (“Keywords”) y del sumario (“Table of Contents”).
- 4.^a En cuanto al formato de las citas y de los títulos de los diferentes epígrafes y subepígrafes en que se divida el trabajo, se emplearán las siguientes pautas de estilo:

EPIGRAFÍA

Los niveles de epigrafía deberán seguir la siguiente estructura. Hay un máximo de 5 niveles.

I	NIVEL 1	UN NÚMERO ROMANO Y NEGRITA
1	NIVEL 2	UN NÚMERO ARÁBIGO Y MAYÚSCULA
1.1	Nivel 3	Dos números arábigos y negrita
A.	Nivel 4	Letra minúscula y cursiva
a)	Nivel 5	Letra minúscula y redonda

BIBLIOGRAFÍA

Los trabajos incluirán un listado final de bibliografía. Tanto en ese listado final como en las notas a pie de página, la bibliografía se citará de forma homogénea, conforme a los criterios y modelos que se ofrecen a continuación:

Monografías:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año. Inicial del nombre. APELLIDO APELLIDO, *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año.

Ejemplos:

MARÍN LÓPEZ, Juan José: *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

J. J. MARÍN LÓPEZ, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

Capítulos de libro:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: “Título del capítulo”, en *Título del libro colectivo* (coord. por Nombre Apellido Apellido), tomo o volumen, Editorial, Lugar, Año, páginas citadas.

Inicial del nombre. APELLIDO APELLIDO, “Título del capítulo”, en *Título del libro colectivo* (coord. por Inicial del nombre. Apellido Apellido), tomo o volumen, Editorial, Lugar, Año, páginas citadas.

Ejemplos:

CASAS VALLÉS, Ramón: “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*, vol. I, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, pp. 259-278.

R. CASAS VALLÉS, “El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de suite) en la LPI: bases teóricas”, en *Derechos del artista plástico* (coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 67-122.

Artículos de revista:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: “Título del artículo”, *Nombre de la revista*, número, (mes y) año, páginas citadas.

Inicial del nombre. APELLIDO APELLIDO, “Título del artículo”, *Nombre de la revista*, número, (mes y) año, páginas citadas.

Ejemplos:

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 8 (mayo-agosto 2001), pp. 9-24.

R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La Directiva sobre el derecho de participación: historia de una iniciativa frustrada”, *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 8 (mayo-agosto 2001), pp. 9-24.

ABREVIATURAS

Se emplearán las siguientes abreviaturas:

AA. VV. Autores varios

cap. capítulo

cfr.	<i>confer</i> , consultar, confrontar, compárese
col.	colección
coord.	coordinador/a
dir.	director/a
ed.	edición o editorial
fasc.	fascículo
ibíd.	<i>ibidem</i> , allí mismo, en el mismo lugar
loc. cit.	<i>loco citato</i> , en el lugar citado
N. B.	<i>nota bene</i> , observa bien, nótese bien.
n.º	número
op. cit.	<i>opere citato</i> , en la obra citada
p./pp.	página/páginas
s. d.	<i>sine data</i> , sin fecha
ss.	siguientes
t.	tomo
v./vid.	<i>vide</i> , véase
vol.	volumen
vs.	<i>versus</i> , contra

Índice General

Página

OBJETIVO, TEMÁTICA Y DESTINATARIOS DEL ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL ARTE	7
PRÓLOGO	33
por Miguel FALOMIR FAUS	

ESTUDIOS

GRAFITI, ARTE URBANO Y DERECHO DE AUTOR	39
<i>Graffiti, Street Art and Copyright</i>	
Ramón CASAS VALLÉS y Eva SORIA PUIG	
I. INTRODUCCIÓN	42
1. Entre la represión y el reconocimiento	42
2. No todo es lo mismo: grafiti y arte urbano	50
3. Una muestra ilustrativa de grafiteros y artistas urbanos espa- ñoles	53
II. REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR	58
1. Obras y prestaciones	59
2. Forma y sustancia: los estilos	61
3. Durabilidad y acabado	65
4. Licitud	66
5. Originalidad, mérito y profesionalidad	70
III. AUTORÍA INDIVIDUAL Y CONJUNTA. LA PROBLEMÁTICA DEL ANONIMATO	77
1. Autoría individual, pluralidad de intervinientes, pluriautoría y coautoría	77
2. Anonimato	83

	<i>Página</i>
IV. AUTORÍA Y TITULARIDAD DE DERECHOS	87
1. Titularidad originaria. Obras autorizadas o toleradas	87
2. Obras realizadas por empleados o por encargo	88
3. Obras publicitarias	91
V. PROPIEDAD DEL BIEN MATERIAL Y DERECHOS DE AUTOR SOBRE LA OBRA	92
VI. LÍMITES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL	97
1. Libertad de información: art. 35.1 TRLPI	98
2. “Libertad de panorama”: art. 35.2 TRLPI	99
2.1. Diferencias entre la Directiva y el TRLPI	100
2.2. Coincidencias entre la Directiva y el art. 35.2 TRLPI	105
VII. DERECHOS MORALES	112
1. Divulgación y atribución	112
2. Integridad	115
3. Cambio de ubicación de la obra	122
4. Otros derechos morales: modificación, arrepentimiento y acceso	126
VIII. CONCLUSIÓN	126
IX. BIBLIOGRAFÍA	128
X. JURISPRUDENCIA CITADA	130

REPRODUCCIONES DE OBRAS DE ARTE VISUAL EN DOMINIO PÚBLICO: EL ARTÍCULO 14 DE LA DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

135

Reproduction of works of visual art in the public domain: Article 14 of Directive on copyright in the digital single market

Julián LÓPEZ RICHART

I. INTRODUCCIÓN	137
II. ARGUMENTOS EN LOS QUE SE SUSTENTA LA RECLAMACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE LAS REPRODUCCIONES DE OBRAS DE ARTE EN DOMINIO PÚBLICO	138
1. Consideraciones previas	138
2. La justificación de la postura de las instituciones del patrimonio cultural en términos económicos	141

	<i><u>Página</u></i>
3. La protección de las reproducciones de obras de arte en dominio público como obra fotográfica y la noción de originalidad	143
3.1. Planteamiento	143
3.2. Criterios utilizados para apreciar la originalidad de las fotografías de obras de arte	144
A. El asunto “Graves” (1869)	144
B. El asunto “Bridgeman” Art Library Ltd. v Corel Corp. (1998–1999)	145
3.3. La noción de originalidad en el Derecho de la Unión Europea y su aplicación a las reproducciones de obras de arte	147
4. La protección de las reproducciones de obras de arte como meras fotografías	152
4.1. Delimitación de la noción de “mera fotografía”	152
4.2. El asunto “Reiss-Engelhorn Museen v. Wikimedia” (2018) ...	155
5. El derecho “ <i>sui generis</i> ” sobre las bases de datos	159
III. EL ART. 14 DE LA DIRECTIVA (UE) 790/2019 SOBRE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL	160
1. Digitalización, acceso y reutilización del dominio público en la agenda de la Unión Europea	160
2. Historia legislativa del art. 14 DDAMUD	162
3. Justificación de la norma	165
4. Ámbito objetivo de aplicación	167
4.1. Cualquier forma de reproducción	167
4.2. Obras de arte visual en dominio público	168
5. Ámbito temporal de aplicación de la nueva norma	173
6. La salvedad introducida en el inciso final del art. 14 DDAMUD	176
7. Compatibilidad del art. 14 DDAMUD con los derechos reconocidos a quien divulga una obra inédita en dominio público	180
IV. LIMITACIONES DE ACCESO Y RESTRICCIONES DE USO DEL PATRIMONIO CULTURAL EN DOMINIO PÚBLICO	181
V. CONCLUSIONES	185
VI. BIBLIOGRAFÍA	186

PROTECCIÓN DE LOS ASPECTOS FUNCIONALES DE LAS OBRAS DE ARTE POR LA PROPIEDAD INDUSTRIAL	193
<i>Protection of functional aspects of artworks by industrial property</i>	
Diego GUZMÁN	
I. INTRODUCCIÓN	195
II. LA OBRA DE ARTE APLICADO EN EL DERECHO DE AUTOR	197
1. La obra como objeto de protección del derecho de autor	198
1.1. Originalidad	198
1.2. Creación Intelectual o humana	200
1.3. Fijación	201
2. Alcance de la protección conferida a la obra por el derecho de autor	201
3. Obra plástica y obra de arte aplicado	204
3.1. Particularidades de la obra artística	204
3.2. Diferencia entre la obra de arte aplicado y la obra artística ...	206
III. SEPARABILIDAD Y UNIDAD DE OBRA	208
1. Unidad del arte en Europa	209
2. Doctrina estadounidense de la separabilidad en los objetos útiles	211
3. Ausencia de uniformidad en América Latina	212
IV. PROPIEDAD INDUSTRIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS ASPECTOS FUNCIONALES DE LA OBRA DE ARTE	214
1. Aspectos generales de la propiedad industrial	215
1.1. Registro constitutivo del derecho	215
1.2. Territorialidad	216
2. Nuevas creaciones	218
2.1. Categorías de nuevas creaciones compatibles con la obra de arte aplicado	219
A. Patentes de invención	219
B. Patentes de modelo de utilidad	220
C. Esquema de trazado de circuitos integrados	221
D. Diseños industriales	223

	<i><u>Página</u></i>
2.2. <i>Criterios de patentabilidad</i>	225
A. Novedad	226
B. Altura inventiva	228
C. Aplicación industrial	229
2.3. <i>Alcance del derecho en las reivindicaciones</i>	231
A. Relevancia de las reivindicaciones	232
B. Categorías de reivindicaciones	233
2.4. <i>Exclusiones de patentabilidad: las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor y las creaciones estéticas</i>	235
A. Exclusiones de patentabilidad	235
B. Obras y creaciones estéticas	236
C. Fundamento de la exclusión de obras y creaciones estéticas	237
D. Problemática de la exclusión y posible solución para la protección acumulada en la obra de arte aplicado	237
3. Signos distintivos	240
3.1. <i>Función de la obra artística como signo distintivo</i>	240
3.2. <i>Alcance del derecho sobre los signos distintivos y el riesgo de confusión</i>	242
3.3. <i>Categorías de signos distintivos</i>	244
A. Marcas	244
B. Marcas colectivas	245
C. Marcas de certificación	246
D. Enseña y nombre comercial	246
E. Indicaciones geográficas y denominaciones de origen	247
3.4. <i>Características de los signos distintivos</i>	248
A. Especialidad y territorialidad de los signos distintivos	248
B. Registro constitutivo del derecho	248
C. Duración indefinida del derecho	249

3.5. Controversias en torno al registro de obras artísticas como marcas	249
V. CONCLUSIONES	252
VI. BIBLIOGRAFÍA	254

LA RESTITUCIÓN DE OBRAS DE ARTE EXPOLIADAS DURANTE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: CASO DAVID CASSIRER VS. FUNDACIÓN COLECCIÓN THYSSEN-BORNEMISZA F.S.P.	261
<i>Restitution of Works of Art Looted During World War II: the Case of David Cassirer v. Fundación Colección Thyssen Bornemisza F.S.P.</i>	

Teresa BURGOS ÁVILA

I. INTRODUCCIÓN	263
II. EL EXPOLIO REALIZADO POR EL PARTIDO NACIONALSO-CIALISTA OBRERO ALEMÁN	264
1. Planteamiento de Adolf Hitler	264
2. Implantación en Alemania	265
3. Extensión a Europa	268
4. “ <i>Monuments Men</i> ”: el inicio de la restitución	272
5. Principales disposiciones y declaraciones de intenciones	274
III. RÉGIMEN ACTUAL DE RESTITUCIÓN DE OBRAS DE ARTE ROBADAS	277
1. Conceptos básicos: restitución, devolución y repatriación	277
2. Mecanismos de restitución y devolución automática de bienes culturales	278
2.1. <i>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) n.º 1024/2012 (refundición)</i>	279
A. Ámbito de aplicación	279
B. Procedimiento de restitución	279
2.2. <i>Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995</i>	281
A. Ámbito de aplicación	281

	<i>Página</i>
B. Procedimiento de restitución	282
3. Determinación de la propiedad de los bienes culturales que han sido objeto de tráfico ilícito internacional	283
3.1. Competencia judicial internacional	283
3.2. Reglamento (UE) N.º 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)	283
A. El foro exclusivo de los derechos reales sobre bienes inmuebles	284
B. Los foros en materia de derechos reales sobre bienes muebles	285
3.3. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial	287
3.4. Ley aplicable	287
3.5. Posibles interpretaciones de la regla “lex rei sitae”	288
A. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de su reivindicación	288
B. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de la adquisición	289
3.6. Problemas que plantea la regla lex rei sitae	289
A. La localización fortuita del bien cultural	289
B. La inalienabilidad del bien cultural	290
C. La prescripción adquisitiva (usucapión) y la prescripción extintiva	290
D. Excepciones a la regla lex rei sitae	291
E. El artículo 29 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, “LPHE”)	291
F. El artículo 13 de la Directiva 2014/60/UE	292
IV. CASO DAVID CASSIRER VS. FUNDACIÓN COLECCIÓN THYSEN-BORNEMISZA F.S.P.	292
1. Rue Saint-Honoré, après midi, effet de pluie, de Camille Pissarro	292
2. David Cassirer vs. Fundación Colección Thyssen-Bornemisza F.S.P.	293

	<i>Página</i>
2.1. <i>Antecedentes</i>	293
2.2. <i>Litigio</i>	294
V. CONCLUSIONES	302
VI. BIBLIOGRAFÍA	304
ARTE Y CRIMEN	309
<i>Art and Crime</i>	
Wendy PENA GONZÁLEZ	
I. ARTE Y DERECHO: UNA INTRODUCCIÓN	311
1. ¿Qué es el arte? Aproximación al concepto	311
2. El Derecho al arte y su protección. En particular, protección penal	313
II. PROTECCIÓN PENAL DEL ARTE EN DERECHO ESPAÑOL ...	315
1. Agravaciones en delitos contra el patrimonio	315
1.1. Modalidad agravada de los delitos de hurto y robo con fuerza	315
1.2. Modalidad agravada del delito de estafa	317
1.3. Modalidad agravada del tipo residual de apropiación indebida	319
1.4. Modalidad agravada del delito de daños	320
1.5. Modalidad específica de daños: Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural	321
1.6. Agravante del delito de receptación	322
2. La falsificación de obras de arte	322
3. Delito de contrabando	323
4. Modalidad de los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo	324
5. Tipos específicos: delitos relativos a la protección del patrimonio histórico	326
5.1. Los delitos relativos a la protección del patrimonio histórico ...	326
5.2. Derribo o grave alteración de edificios singularmente protegidos	327
5.3. Prevaricación agravada	330

	<i>Página</i>
5.4. Daños sobre bienes del Patrimonio Histórico	330
5.5. Daños por imprudencia grave	332
5.6. Concursos	332
6. Protección penal del derecho de autor	333
6.1. Delitos relativos a la propiedad intelectual	333
6.2. Elementos normativos: Conceptos básicos de la LPI	336
6.3. Los delitos contra la propiedad intelectual. En particular, las descargas ilegales y el “Top Manta”	337
7. Obstaculización del derecho a la expresión artística	345
8. Arte y vandalismo: punición y protección penal del grafiti	346
9. Coleccionismo y tenencia de armas y explosivos	347
III. ARTE Y PROTECCIÓN ANIMAL: A VUELTAS CON LOS TOROS	348
1. Introducción: protección jurídica de los animales	348
2. Amparo jurídico-penal de los animales	349
2.1. Regulación en el Código penal. Evolución	349
2.2. El bien jurídico protegido	350
2.3. La excepción de la tauromaquia: ¿una justificación artística?	352
3. Conclusiones	355
IV. ¿REPRESIÓN PENAL DEL ARTE?	356
1. Enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas	356
2. Injurias a la Corona	363
3. El necesario límite entre lo moral y lo delictivo	365
V. GENOCIDIO CULTURAL	365
1. Un genocidio... ¿cultural?	365
2. El ECPI y el traslado forzoso de niños de un grupo a otro	367
3. Genocidio cultural en el Código Penal	369
4. Relevancia y actualidad de la cuestión	371
5. Propuestas de “ <i>lege ferenda</i> ”	372
VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	373
VII. BIBLIOGRAFÍA	375

ARTE, JUSTICIA TRANSICIONAL Y DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA. BOCAS DE CENIZA Y LA GUERRA QUE NO HEMOS VISTO DE JUAN MANUEL ECHAVARRÍA	387
<i>Art, transitional justice and human rights in Colombia. Bocas de ceniza and La guerra que no hemos visto by Juan Manuel Echavarría</i>	
Yolanda SIERRA LEÓN	
I. INTRODUCCIÓN	388
II. BOCAS DE CENIZA Y LA GUERRA QUE NO HEMOS VISTO	390
1. Bocas de Ceniza	390
1.1. Las tradiciones afrocolombianas en Bocas de Ceniza	392
1.2. Bajo Atrato, Chocó	393
1.3. Dos Hermanos	394
2. La Guerra Que No Hemos Visto	396
3. “El corazón” de Henry	402
4. “Sin rastro” de John Gerardo	404
III. CONSTITUCIONALISMO TRANSICIONAL ESTÉTICO	406
1. Litigio estético	406
2. Litigio artístico	409
3. Garantía de no repetición	410
4. Inclusión del arte como medio de prueba	414
5. Emancipación estética del Estado	420
6. Reparación simbólica a través del arte	422
7. Mecanismo de remoción de estereotipos sociales	429
IV. BIBLIOGRAFÍA	433

LEGISLACIÓN

ARGENTINA	437
Teresa GARCÍA-BARRERO	
I. LEY 27522, DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019, SOBRE BIENES CULTURALES	437

	<i>Página</i>
ESPAÑA	443
Teresa GARCÍA-BARRERO y María Luisa MACÍAS ROMERO	
I. INTRODUCCIÓN	443
II. NORMATIVA ESTATAL	444
1. Lanzamiento del proceso de modificación de la ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, por el Ministerio de Cultura	444
2. Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019	445
III. NORMATIVA AUTONÓMICA	449
1. Castilla-La Mancha. Ley 9/2019, de 13 de diciembre, de Mecenazgo Cultural de Castilla-La Mancha	449
2. Extremadura. Ley 5/2020, de 1 de diciembre, de Instituciones Museísticas de Extremadura	453
MÉXICO	461
Teresa GARCÍA-BARRERO	
I. CIUDAD DE MÉXICO. LEY DE PATRIMONIO CULTURAL, NATURAL Y BIOCULTURAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO, DE 29 DE OCTUBRE DE 2020	461
PANAMÁ	497
Teresa GARCÍA-BARRERO	
I. LEY 175, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2020, GENERAL DE LA CULTURA	497
PERÚ	499
Teresa GARCÍA-BARRERO	
I. DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO DE LA LEY N.º 28296, LEY GENERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N.º 011-2006-ED	499

REPÚBLICA DOMINICANA 529

Teresa GARCÍA-BARRERO

- I. LEY N.º 340-19, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2019, MEDIANTE LA CUAL SE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE INCENTIVO Y FOMENTO DEL MECENAZGO CULTURAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA 529

UNIÓN EUROPEA 531

Rafael FERNÁNDEZ JORDANO y Antonio GARCÍA VÁZQUEZ

- I. INFORME SOBRE LA CONSECUCIÓN DE UN LEGADO EFICAZ PARA EL AÑO EUROPEO DEL PATRIMONIO CULTURAL DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2020 531
- II. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2020, RESPECTO DE LAS IMPLICACIONES EN LA EXPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES DE LA RETIRADA DEL REINO UNIDO 533

JURISPRUDENCIA**RESEÑAS JUDICIALES 539**

Nerea SANJUÁN RODRÍGUEZ, Teresa GARCÍA-BARRERO, Rafael FERNÁNDEZ JORDANO y Antonio GARCÍA VÁZQUEZ

NUEVOS HITOS JUDICIALES EN EL CONFLICTO SOBRE EL TESORO ARTÍSTICO DEL REAL MONASTERIO DE SANTA MARÍA DE SIJENA 557

Teresa GARCÍA-BARRERO y María Luisa MACÍAS ROMERO

- I. ANTECEDENTES HASTA FINALES DE 2020 557
- II. RESOLUCIONES RECAÍDAS EN EL ÚLTIMO AÑO EN TORNO AL CONFLICTO 558

HITOS JUDICIALES EN EL CONFLICTO SOBRE LAS PIEZAS DE ARTE SACRO DE LAS PARROQUIAS DE LA DIÓCESIS DE BARBASTRO-MONZÓN	569
Teresa GARCÍA-BARRERO y María Luisa MACÍAS ROMERO	

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA 2019-2020	581

María Luisa MACÍAS ROMERO y Rafael SÁNCHEZ ARISTI

<i>THE AURA IN THE AGE OF DIGITAL MATERIALITY. RETHINKING PRESERVATION IN THE SHADOW OF UN UNCERTAIN FUTURE</i> (ed. Adam Lowe, Elizabeth Mitchell, Nicolas Béliard, Giulia Fornaciari, Tess Tomassini, Blanca Nieto, Guendalina Damone), Factum Foundation/Silvana Editoriale, 2020 (201 páginas)	589

por Antonio GARCÍA VÁZQUEZ

<i>EL MUSEO. MANUAL INTERNACIONAL</i>, de Timothy Ambrose y Crispin Paine (trad. de Ana Useros y Jesús Espino), ed. Akal/ICOM, Madrid, 2019	595

por María Luisa MACÍAS ROMERO

VARIA

“RELOJ, NO MARQUES LAS HORAS...”: OTRA VEZ ARTE Y DERECHO	601

Juan JAVIER NEGRI

PERIPECIAS JUDICIALES DE UN CUADRO DE MODIGLIANI	605

Juan JAVIER NEGRI

5POINTZ: UNA REVOLUCIÓN JURÍDICA EN EL MUNDO DEL ARTE	609

Juan JAVIER NEGRI

ARTE Y DERECHO: ¿ERA UN CARAVAGGIO Y NADIE SE DIO CUENTA?	613

Juan JAVIER NEGRI

BANKSY Y EL CONSTANTE DESAFÍO DEL ARTE CALLEJERO	619

Juan JAVIER NEGRI

ARTE Y DERECHO: EL DIFÍCIL CASO DE LOS CATÁLOGOS RAZONADOS	623

Juan JAVIER NEGRI

BANKSY Y EL PERPETUO COMBATE	629

Juan JAVIER NEGRI

ARTE Y DERECHO: FINAL DEL CONFLICTO ENTRE “LOS DUEÑOS DEL AEROSOL” Y “EL DUEÑO DE LA PARED” EN NUEVA YORK. ¿Y EN LA ARGENTINA?	635

Juan JAVIER NEGRI

ARTE Y DERECHO: EL DESTINO DE UNA GRAN COLECCIÓN	641

Juan JAVIER NEGRI

LOS TATUAJES COMO OBRA ARTÍSTICA: UN NUEVO GIRO EN LOS LITIGIOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN ESTADOS UNIDOS (SOLID OAK SKETCHES, LLC V. 2K GAMES, INC.)	647

Nora OYARZABAL OYONARTE

I. INTRODUCCIÓN	647

	<i><u>Página</u></i>
II. LITIGIOS POR <i>COPYRIGHT</i> DE TATUAJES EN ESTADOS UNIDOS: ANTECEDENTES	649
III. <i>SOLID OAK SKETCHES</i> VERSUS <i>2K GAMES</i>	650
1. La defensa basada en la regla de <i>minimis</i>	652
2. La defensa de la licencia implícita	653
3. La defensa basada en el <i>fair use</i>	654
IV. IMPACTO DE LA RESOLUCIÓN <i>SOLID OAK V. 2K GAMES</i> EN ESTADOS UNIDOS	657
V. POSIBLES LITIGIOS POR DERECHOS DE AUTOR SOBRE LOS TATUAJES EN ESPAÑA	659

EL MERCADO DEL ARTE EN EL AÑO DEL COVID-19, EL BREXIT Y LOS MOVIMIENTOS SOCIALES

Teresa GARCÍA- BARRERO

I. IMPACTO DEL COVID-19 EN EL MERCADO DEL ARTE	666
1. Museos	667
2. Galerías	669
3. Casas de subastas	671
4. Nuevos modelos de negocio	672
II. BREXIT	673
III. MOVIMIENTOS SOCIALES	675

“THE ART MARKET IS GOING DIGITAL: WHAT ARE THE LEGAL CHANGES?”, UN WEBINAR DE LA INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

Antonio GARCÍA VÁZQUEZ

CONVOCATORIA DEL PREMIO RODRIGO URÍA MERUÉNDANO DE DERECHO DEL ARTE BASES

CONVOCATÓRIA DO PRÉMIO RODRIGO URÍA MERUÉNDANO DE DIREITO DA ARTE BASES

Thomson Reuters ProView. Guía de uso

Prólogo

En 2017 la Fundación Profesor Uría y el Museo del Prado lanzaron una novedosa iniciativa: el Seminario Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte. El seminario partía de una interesante premisa: la doble naturaleza de la obra de arte, bien cultural sujeto a tutela, pero también bien patrimonial susceptible de tráfico jurídico, e invitaba para su análisis a un excelente plantel interdisciplinar de profesionales procedentes tanto del ámbito del derecho como de la cultura. El extraordinario éxito de la convocatoria, el interés de las ponencias presentadas, y el vívido intercambio de opiniones que estas suscitaron, demostraron no solo la pertinencia del Seminario, también la existencia de una demanda que no era satisfecha por otras instituciones docentes o académicas. Desde entonces se han sucedido las ediciones, con la sabia dirección de Carmen Acedo y Agustín González García. La de este año, la cuarta, se celebrará entre los días 7 de abril y 9 de junio y gravitará en torno a tres temas de gran actualidad: las exposiciones temporales, las distintas formas de adquisición de las obras de arte, y el desafío que plantean las nuevas tecnologías.

En ediciones precedentes fueron otros los asuntos analizados, pues una de las evidencias que afloraron desde la primera sesión del primer seminario fue la cantidad de temas susceptibles de ser abordados y la variedad de aproximaciones con las que era posible hacerlo. El mundo del arte se presenta así como un microcosmos de la sociedad en el que convergen artífices y consumidores, marchantes, intermediarios y compradores, prestamistas y arrendatarios, fundaciones, museos y un sinfín de individuos, profesiones e instituciones que han hecho del arte su razón de ser vital, intelectual o económica.

Esa misma pluralidad de temas y enfoques se refleja en las importantes y oportunas contribuciones incluidas en este número del *Anuario Iberoamericano de derecho del arte*. Comparecen en sus páginas temas ya “clásicos” de la disciplina, como el muy mediático de la restitución de obras de arte, ya sea de las incautadas por regímenes totalitarios o de las trasladadas a otros territorios por vicisitudes históricas. Otros muchos asuntos son sin embargo testimonio de las vertiginosas transformaciones sociales, culturales y tecnológicas a las que

venimos asistiendo en las últimas décadas, que alteran y condicionan tanto la expresión artística como su disfrute y posesión, planteando así nuevos retos al legislador y al mundo del derecho. No sorprende por ello la abundancia de contribuciones centradas en los desafíos legales y normativos que plantean el arte digital o el callejero, o los derivados de la noción cambiante y no estática del original, con su aura benjaminiana y su delicada y a menudo cuestionada vigencia en la era de la reproductibilidad masiva. Y merecen igualmente destacarse por su triste actualidad los artículos dedicados al arte y los conflictos urbanos, donde el primero es una víctima más, a veces incluso prioritaria por la atención mediática que merecen las agresiones de las que es objeto, y que puede llegar al extremo del “genocidio cultural”.

Mi reflexión última la haré como historiador del arte. Y es que la importancia del derecho para el conocimiento del arte, particularmente de ciertos momentos del pasado, ha sido fundamental. Como especialista del Renacimiento he obtenido enorme provecho de incontables documentos de naturaleza jurídica. Son muchas las horas que he pasado en archivos escudriñando protocolos notariales a la búsqueda de contratos de obra y aprendizaje, testamentos e inventarios de bienes, almonedas y tantos otros actos susceptibles de ser refrendados por un fedatario público, y he leído innumerables pleitos suscitados por desavenencias entre clientes insatisfechos con artistas o entre estos y sus colegas. Muchos de los artículos que he escrito han sido posibles gracias a la consulta y exhumación de estos documentos.

Concluiré con un homenaje al historiador del arte español que mejor ha compaginado arte y derecho: Julián Gállego (Zaragoza, 1919-Madrid, 2006). Pertrechado con licenciaturas y doctorados en ambas disciplinas y una cultura y curiosidad intelectual omnímodas, Gállego nos legó un libro seminal y aún sin superar: *El pintor de artesano a artista* (1976). Aquel libro tuvo la bondad de plantear un tema apenas tratado hasta entonces por los estudiosos de nuestro arte: el de la cambiante condición social del artista de los siglos XVI y XVII, y de hacerlo además acudiendo a fuentes de naturaleza jurídica habitualmente soslayadas cuando no abiertamente ignoradas por los especialistas.

Gállego abrió la senda y enseñó el camino a muchos otros, tanto historiadores del arte como juristas, que durante el último medio siglo han ido ampliando el repertorio de fuentes. Sus estudios han permitido constatar que mucha de la literatura artística española del Siglo de Oro fue en realidad de naturaleza jurídica y tuvo una finalidad práctica: obtener para los artífices de la pintura exenciones tributarias (no pago de alcabalas) y militares (exclusión de levass). Más aún, es precisamente esta naturaleza jurídica lo que otorga a nuestra literatura artística una personalidad única en el contexto europeo, diferenciándola de la más especulativa y teórica de italianos y franceses. Y es que si los artistas españoles dejaron de pagar alcabala o se libraron de acudir a

filas no fue tanto porque Horacio hubiese afirmado muchos siglos atrás su hermandad con los poetas en el famoso *ut pictura poesis*, o porque Apeles disfrutara del favor de Alejandro Magno, ni siquiera porque san Lucas hubiese retratado a la Virgen María, sino porque juristas como el riojano Juan de Butrón, “profesor de ambos Derechos y abogado del Consejo de Castilla”, pudieron argüir sobre una sólida base jurídica lo legítimo de sus pretensiones en obras tan importantes como los *Discursos apoloéticos en que se defiende la ingenuidad del arte de la pintura* (Madrid, 1626).

Si arte y derecho son realidades y expresiones de una misma sociedad, nada más natural que hacer de ambos un mismo objeto de estudio. Testimonio de esa labor son la Fundación Profesor Uría y el *Anuario Iberoamericano de derecho del arte*, que contarán siempre con la colaboración y agradecimiento del Museo del Prado y de los amantes del arte. Disfruten estas páginas.

MIGUEL FALOMIR FAUS

ESTUDIOS

Grafiti, arte urbano y derecho de autor¹

Graffiti, Street Art and Copyright

RAMÓN CASAS VALLÉS

Universitat de Barcelona

EVA SORIA PUIG

Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *Entre la represión y el reconocimiento*. 2. *No todo es lo mismo: grafiti y arte urbano*. 3. *Una muestra ilustrativa de grafiteros y artistas urbanos españoles*. II. REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR. 1. *Obras y prestaciones*. 2. *Forma y sustancia: los estilos*. 3. *Durabilidad y acabado*. 4. *Licitud*. 5. *Originalidad, mérito y profesionalidad*. III. AUTORÍA INDIVIDUAL Y CONJUNTA. LA PROBLEMÁTICA DEL ANONIMATO. 1. *Autoría individual, pluralidad de intervinientes, pluriautoría y coautoría*. 2. *Anonimato*. IV. AUTORÍA Y TITULARIDAD DE DERECHOS. 1. *Titularidad originaria. Obras autorizadas o toleradas*. 2. *Obras realizadas por empleados o por encargo*. 3. *Obras publicitarias*. V. PROPIEDAD DEL BIEN MATERIAL Y DERECHOS DE AUTOR SOBRE LA OBRA. VI. LÍMITES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 1. *Libertad de información: art. 35.1. TRLPI*. 2. *“Libertad de panorama”: art. 35.2. TRLPI*. 2.1. *Diferencias entre la Directiva y el TRLPI*. 2.2. *Coincidencias entre la Directiva y el art. 35.2. TRLPI*. VII. DERECHOS MORALES. 1. *Divulgación y atribución*. 2. *Integridad*.

-
1. Trabajo realizado por encargo de la Fundación Profesor Uría (N. del E.). El presente trabajo se enmarca en el Proyecto DER2017-86393-R *Herramientas jurídicas para favorecer el acceso a contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual en el mercado único digital* (MINECO/AIE/FEDER, UE) y en el PROMETEO/2018/088 *El mercado único digital para Europa. Aspectos de derecho privado*, financiado por la Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana (N. del A.).

3. Cambio de ubicación de la obra. 4. Otros derechos morales: modificación, arrepentimiento y acceso. VIII. CONCLUSIÓN. IX. BIBLIOGRAFÍA. X. JURISPRUDENCIA CITADA.

Resumen

El grafiti y el arte urbano son ámbitos de la creación contemporánea en efervescencia en España. Algunos creadores urbanos españoles como *“El Muelle”*, *“Chupete Negro”*, *“Pez”*, *“Aryz”* o *“PichiAvo”* han alcanzado una notable reputación en el sector artístico. Las Administraciones Públicas se debaten entre el deseo de proyectar una imagen de ciudad moderna alternativa y la voluntad de acabar con lo que consideran vandalismo. La implicación municipal en la lucha contra el grafiti llevó a reorientar el planteamiento penal y se optó por un reforzamiento de la vía administrativa con las ordenanzas de civismo para reprimir esta actividad. Las administraciones al mismo tiempo repararon en su valor y utilidad para mejorar visualmente el espacio urbano y la integración social, y en los últimos años han proliferado las organizaciones que se han ocupado de la catalogación y conservación del grafiti y arte urbano antes de su eventual destrucción.

Hay algunas características que nos permiten distinguir entre grafiti y arte urbano: El “grafiti” suele asociarse con la ilegalidad y a las posiciones “antisistema” y a menudo tiene el objetivo de “marcar” el territorio entre grafiteros. El “arte urbano”, consiste principalmente en imágenes y su pretensión es realizar una obra dirigida al público en general.

La decisión acerca de si una creación artística es objeto de propiedad intelectual es autónoma e independiente. La ilicitud, de darse, es irrelevante. La durabilidad no es una condición de la protección. La única exigencia o requisito de protección, además de la expresión formal, es la originalidad. La mayoría de grafitis y creaciones de arte urbano verán reconocida su condición de obra protegida, pero los *tags* o firmas, podrían quedar fuera del ámbito de protección por su sencillez formal. La coautoría es posible en la ejecución del arte urbano y es probable también que algunos grandes murales o conjuntos artísticos se ajusten por su forma de realización al esquema de la obra colectiva.

El anonimato y el seudónimo son opciones frecuentes para los artistas urbanos, pero propician una cierta orfandad ya que es el propio artista el que lleva a cabo la divulgación y eso afecta al expediente previsto en la ley para manejar estas situaciones. Algunos artistas han recurrido a la propiedad industrial para ejercer el control sobre sus obras. Los límites que afectan de modo más intenso al arte urbano son los dos incluidos en el art. 35 TRLPI, en particular el segundo. El límite de la libertad de información del art. 35.1 TRLPI no está específicamente pensado para las artes visuales y menos aún para el grafiti y el arte urbano. La libertad de panorama del art. 35.2 TRLPI afecta a las obras

“*situadas permanentemente*” en vías públicas. El factor decisivo es la voluntad del autor de colocar su obra en un lugar desde el que la misma pueda ser libremente vista por el público, sin emplear medios excepcionales que el autor con seguridad no contempló. En cuanto a los derechos morales, es de especial interés el derecho a la integridad del art. 14.4 TRLPI. La jurisprudencia relacionada pone de manifiesto de una forma muy clara los equilibrios ante el conflicto entre los propietarios y los artistas.

Palabras clave

Grafiti, Arte Urbano, vandalismo, logoart, tag, anonimato, creaciones ilícitas, libertad de información, libertad de panorama, derechos morales, integridad, derechos económicos, comercialización directa e indirecta de las creaciones de arte urbano, utilización publicitaria no consentida.

Abstract

Graffiti and street art are vibrant fields of contemporary creation in Spain. Some Spanish street artists such as “El Muelle”, “Chupete Negro”, “Pez”, “Aryz” or “PichiAvo” have achieved a remarkable reputation in the artistic sector. Public Administrations are torn between the desire to project an image of an alternative modern cities and the determination to end what they consider to be vandalism. Municipal involvement in the fight against graffiti led to a reorientation of the criminal approach and to a reinforcement the of administrative procedure with the enactment of city ordinances to repress its activity. At the same time, public administrations realized that street art had a potential value to visually improve urban spaces and to foster social integration, and in recent years there has been a proliferation of organizations that have dealt with the cataloguing and conservation of graffiti and street art before their eventual destruction.

There are some traits that allow us to distinguish between graffiti and street art: “Graffiti” is often associated with illegality and “anti-system” positions and often has the objective of “marking” the territory among graffiti artists. “Steet art” consists mainly of images and its claim is to create artistic works for everyone to enjoy.

The decision as to whether an artistic creation is the subject of intellectual property is autonomous and independent. Illegality, if it occurs, is irrelevant, and durability is not a condition of protection. The only requirement for protection, in addition to formal expression, is originality. Most graffiti and street art will be recognized as a protected work, but *tags* or signatures could be outside the scope of protection due to their formal simplicity. Co-authorship is possible in the execution of street art and it will also be possible that some large murals or artistic endeavours fit into the definition of collective work.

Anonymity and a pseudonyms are popular among street artists, but they trigger a certain orphanhood since it is the artist himself who carries out the

disclosure and this will affect the legal provisions to handle these situations. Some artists have resorted to industrial property to exercise control over their works. The limits that affect urban art more directly are the two provisions included in art. 35 TRLPI, particularly the second one. The limit of freedom of information of art. 35.1 TRLPI is not specifically intended for the visual arts and even less for graffiti and urban art. Freedom of panorama of art. 35.2 TRLPI affects works “permanently located” on public roads. The crucial factor is the author’s willingness to place his or her work in a place from which it can be freely viewed by the public, without using exceptional means that the author surely did not contemplate. Regarding moral rights, the right to integrity of art. 14.4 TRLPI stands out. Case law covering the subject clearly shows the frictions in the conflict between the owners and the artists.

Keywords

Graffiti, Street Art, vandalism, logoart, tag, anonymity, illicit creations, freedom of information, freedom of panorama, moral rights, integrity, economic rights, direct and indirect commercialization of street art creations, unconsented advertising use.

I. INTRODUCCIÓN

1. ENTRE LA REPRESIÓN Y EL RECONOCIMIENTO

El graffiti y el arte urbano² son ámbitos de la creación contemporánea en efervescencia en España y otros muchos lugares de buena parte del mundo. En nuestro país, ciudades como Barcelona, Madrid, Granada o Bilbao han visto cómo artistas locales y celebridades internacionales *se apropiaban* de sus calles para convertirlas en soporte de su creatividad.

Desde el mural “*Todos podemos parar el sida*” que pintó en Barcelona Keith Haring³ hasta el legendario “*Chupete negro*”, una obra de *logo-art* que se viralizó

2. Aunque inicialmente se hablaba de “graffiti” de forma genérica, incluyendo cualquier actividad que consistiera en pintar sobre muros y paredes en la vía pública, poco a poco, se fue decantando una distinción entre el “graffiti” propiamente dicho y el “arte urbano”. Hoy el término “graffiti” se refiere generalmente a pintadas con palabras o letras, y tiene una connotación más transgresora, ya que su objetivo suele ser “marcar” un territorio. “Arte Urbano”, en cambio, se aplica más bien a creaciones dirigidas al público en general e incluye desde pequeñas intervenciones figurativas hasta elaborados murales hechos por encargo. Más adelante volveremos sobre esta cuestión terminológica sobre la que, no obstante, es importante llamar la atención desde el principio pues, aunque se trata de una distinción sólo aproximativa, “graffiti” y “arte urbano” parecen haber optado por caminos diferentes no sólo artísticos sino también en lo que atañe a los puntos de vista social, económico y jurídico.
3. Keith A. Haring (Pensilvania, 1958-Nueva York, 1990) pintó este mural en cinco horas en 1989 en una pared de la plaza Salvador Seguí, en el barrio del Raval. En 1992, el

más allá de nuestras fronteras, pasando por el famoso *tag* o firma “*muelle*” que apareció por los rincones de Madrid en plena *movida*, es innegable que las calles españolas albergan un repositorio de arte urbano que nos interpela sobre la necesidad o conveniencia de su conservación, nos invita a abordar la controversia sobre los derechos de sus autores y, más allá, a reflexionar sobre las políticas públicas que permiten o penalizan estas manifestaciones artísticas.

Por supuesto, como en otros lugares, este tipo de arte no aparece en las calles sin controversia. Las Administraciones Públicas, los Ayuntamientos sobre todo, se debaten entre el deseo de proyectar una imagen moderna, apoyando a los grafiteros y artistas urbanos y subvencionando festivales y eventos que celebran esta manifestación creativa y apoyan la imagen de ciudad abierta, multicultural y alternativa y, en sentido opuesto, la voluntad de acabar con lo que consideran vandalismo, promulgando a tal fin ordenanzas represoras que sumen en la ilegalidad buena parte de esas formas de expresión, muy en particular el grafiti⁴. No cabe pasar por alto que, para muchas personas, las puertas, persianas, paredes etc. cubiertas de grafiti –no tanto, en cambio, cuando se trata de arte urbano– son un indicador de degradación y, de alguna manera, marcadores que señalan un espacio en el que no se respeta la ley. Las infracciones menores hacen temer las mayores. Como explicaba Thomas de Quincey (Manchester, 1785 – Edimburgo, 1859) en “*El asesinato considerado como una de las bellas artes*”: “*si uno empieza por permitirse un asesinato, pronto le parecerá poca cosa el robo, y del robo pasará a la bebida y a saltarse las fiestas de guardar y de ahí a faltar a la buena educación y a dejar las cosas para mañana*”... y, al fin, podemos añadir, acabará dedicándose a pintar grafiti en paredes y vagones⁵. Hoy es común referirse a la doctrina de las “*ventanas rotas*” (“*broken windows*”) como una doctrina trasnochada. Probablemente sea así desde el punto de vista criminológico, pero la idea sigue muy arraigada en una parte no despreciable de la ciudadanía⁶.

Ayuntamiento de Barcelona y el MACBA (*Museu d'Art Contemporani de Barcelona*), con el beneplácito de la *Keith Haring Foundation*, acordaron transferir a un muro frente al museo un calco del dibujo original.

4. “LOSE”, nombre muy conocido entre todos los “escritores” (“*writers*”) de trenes y metros, fue detenido en 2013 por la Policía Nacional acusado de haber causado daños por más de 31.000 €. El grafiti en trenes y metros es una práctica muy extendida en España, muy mal vista por las administraciones y empresas afectadas. También por no pocos usuarios de los medios, que sufren retrasos e incomodidades por la ocupación de las vías y, en última instancia, han de soportar en sus billetes la repercusión de los elevados costes de limpieza.
5. Th. De Quincey, *On murder considered as one of the fine arts* (1827): “*For if once a man indulges himself in murder, very soon he comes to think little of robbing; and from robbing he comes next to drinking and Sabbath-breaking, and from that to incivility and procrastination*” (disponible en <http://www.gutenberg.org/cache/epub/10708/pg10708-images.html>).
6. Con la expresión “*broken windows*” se alude a la doctrina que relaciona el entorno con la criminalidad. Un entorno degradado sería expresión de un sustrato delictivo y, a la vez, en un perfecto círculo vicioso, un estímulo para las actividades de

Las bases de datos de jurisprudencia proporcionan información muy interesante acerca de esta problemática. Una búsqueda con la palabra italiana “graffiti” o las españolas “grafito” (singular) y “grafiti” o “grafitis” (plural) arroja como resultado un número muy elevado de resoluciones judiciales⁷. Parte de ellas son civiles y suelen ocuparse de reclamaciones por daños en bienes, muebles o inmuebles, utilizados como soporte por los grafiteros. También las hay que se refieren a otros conflictos, de diversa naturaleza, en los que la presencia de grafiti se ha valorado, significativamente, como un indicador de dejadez o abandono de los edificios afectados⁸. Son pocas en cambio

esta naturaleza. *Vid.* en este sentido, Ronald KRAMER, “*Graffiti and Street Art: Creative Practices Amid ‘Corporatization’ and ‘Corporate Appropriation’*”, en Enrico BONADIO, *The Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti*, 2019, p. 34. Con mayor amplitud, se ocupa también de la “*Broken Windows Theory*”, considerándola desacreditada, Enrico BONADIO en “*Copyright Protection of Street Art and Graffiti under UK Law*”, *Intellectual Property Quarterly*, 2017(2), pp. 187-220, disponible en el repositorio institucional de la Universidad de Londres (https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/16343/3/Copyright_street_Jan_2017.pdf, p. 31) y también en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2946360 (esta parte del artículo, relativa a la “*Broken Windows Theory*”, no está incluida en el capítulo correspondiente a Reino Unido del libro editado por el propio BONADIO, *The Cambridge Handbook...*, *cit.*). Una referencia a la repetida doctrina puede verse también en el interesante trabajo de Julián LÓPEZ RICHART, “*Y el vandalismo se hizo arte: La protección del grafiti por el derecho de autor*”, RIIPAC (Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial), núm. 10/2018, p. 54, disponible en <https://www.eumed.net/rev/riipac/>. En cualquier caso, por muy crítico que se quiera ser con esa doctrina, y aunque habría que distinguir entre grafiti y arte urbano, sigue siendo común y comprensible la asociación que muchos ciudadanos establecen entre el grafiti y la degradación ambiental. Como simple ejemplo entre muchos, puede verse un reciente artículo de Jesús SANCHO publicado en el diario conservador *La Vanguardia* el 14/10/2020 con el siguiente título: “*El comercio pide un plan de choque contra las pintadas en Barcelona. Los comerciantes lamentan la proliferación de grafitis que aumentan la imagen de desolación*” (<https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20201014/484055854096/comercio-pide-plan-choque-contra-pintadas.html>). Para conocer las motivaciones de los grafiteros resulta interesante, y bien informado, el artículo “*Por qué pintan en el metro los grafiteros*” de Pol PAREJA (*Huffington Post*, 29/3/2019, https://www.huffingtonpost.es/2018/11/06/por-que-pintan-en-el-metro-los-grafiteros_a_23581675/). Contamos incluso con una novela del prolífico escritor Arturo Pérez-Reverte centrada en el mundo de los grafiteros: *El francotirador paciente*, ed. Alfaguara, 2013. En cualquier caso, la bibliografía –libros y artículos– es abundantísima y no se trata de recogerla aquí. Basten los trabajos mencionados a título ilustrativo.

7. Para hacer una búsqueda exhaustiva habría que incluir también “grafitti” y “graffitti”, términos incorrectos pero que a veces aparecen en las sentencias. Lo más práctico, aunque obligue a descartar muchos resultados, es buscar por “graf”. Es asimismo significativo, y puede relacionarse con la frontera entre legalidad e ilegalidad, que por el contrario las referencias al “arte urbano” sean pocas y con frecuencia en boca de los propios demandados o sancionados.
8. Se trata de casos de arrendamientos y propiedad horizontal o bien casos de daños en los que se imputaba a los demandados un defectuoso mantenimiento o la ausencia de

las sentencias que tienen que ver con los grafiti u obras de arte urbano en sí mismas. Por lo general se han dictado con ocasión de la destrucción o traslado de las creaciones.

La mayoría de las sentencias son de carácter penal o administrativo. Las primeras constituyen hasta ahora el grueso del total y se cuentan por centenares. El Código Penal español (CP) de 1995 (Ley Orgánica, LO, 10/1995, de 23 de noviembre), además de contemplar el “delito” (art. 263 CP) y la “falta” (art. 625 CP) de daños, castigaba el “deslucimiento” de bienes inmuebles ajenos, también como “falta” (art. 626 CP)⁹. Esta infracción penal se introdujo, precisamente, pensando en los grafiti¹⁰. No obstante, las dudas acerca de cuándo pintar sobre un inmueble ajeno era “daño” y cuándo, en cambio, simple “deslucimiento”, provocaron controversia. No pocas resoluciones decidían en función de la entidad de las operaciones requeridas para restituir el soporte a su estado anterior. Si bastaba una simple “limpieza”, se consideraba “deslucimiento”. Sólo se entendía que había “daños” cuando se requerían actuaciones de mayor entidad o de un coste económico elevado. En esta línea de una cierta indulgencia por parte de los juzgados penales, tampoco faltaban decisiones que, para evitar un castigo que consideraban inadecuado, rechazaban incluso la mera “falta” de “deslucimiento” con el argumento de que los grafiti tenían valor artístico y, por tanto, más que “deslucir”, embellecían o mejoraban el muro o edificio¹¹.

medidas de seguridad en construcciones o espacios. Como curiosidad cabe mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 4/7/2003 (ECLI: ES:APVI:2003:253) que confirmó la condena por delito de daños al arrendatario de un local destinado a bar que lo había llenado de grafiti para darle un “*perfil 'alternativo' también conocido como 'ambiente okupa'*” (FJ 2).

9. Artículo 263 CP (redacción originaria de 1995): “*El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de cincuenta mil pesetas [300,51 €]*”. Artículo 625 CP (redacción originaria de 1995): “*1. Serán castigados con la pena de arresto de uno a seis fines de semana o multa de uno a veinte días los que intencionadamente causaren daños cuyo importe no exceda de cincuenta mil pesetas [300,51 €]. [/]/ 2. Se impondrá la pena en su mitad superior si los daños se causaran en bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental*”. Artículo 626 CP (redacción originaria de 1995): “*Los que deslucieren bienes inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de arresto de uno a tres fines de semana*”.
10. Su origen está en la enmienda núm. 1194 del Grupo Parlamentario Catalán, presentada con la siguiente justificación: “*Evitar y sancionar la proliferación de los actos de deslucimiento por garabatos y manchas que se observan en las paredes de los edificios y que perjudican ostensiblemente el ornato público, sin que puedan calificarse como daños materiales propiamente dichos*”.
11. Se basaban estas resoluciones en la definición de “deslucir” que da el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*: “*Quitar la gracia, atractivo o lustre de algo*”. Un buen ejemplo de voluntad exculpatoria lo tenemos en una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2, de 8/9/2009 (ECLI:ES:APV:2009:6659). En ella, además

Las dudas acerca de la eficacia preventiva y educadora de la vía penal llevaron a modificar la sanción prevista¹². Pese a todo, la “falta de deslucimiento” no sólo se mantuvo en el Código Penal sino que su ámbito de aplicación, inicialmente limitado a los inmuebles, se amplió a los bienes muebles para proteger otros soportes utilizados por los grafiteros, como vagones de tren, metro, autobuses y vehículos, igualmente afectados por esta actividad¹³.

En paralelo a la vía penal se fue desarrollando la tutela de carácter administrativo, que no pocos consideraban más eficaz y expeditiva y, al propio tiempo, más adecuada al tipo de infracción. Diversos Ayuntamientos aprobaron ordenanzas para regular la convivencia ciudadana. En ellas, entre otras muchas cuestiones, se contemplaba la actividad de los grafiteros, para perseguirla. Es el caso, por ejemplo, de la *Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público*, aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona el 23/12/2005¹⁴. Su art. 19, incluido en un capítulo dedicado a la “*degradación visual del entorno*”, no puede ser más elocuente sobre el enfoque adoptado: “1. La regulación contenida en este capítulo se fundamenta en el derecho a disfrutar del paisaje urbano de la ciudad, que es indisociable del correlativo deber de mantenerlo en condiciones de limpieza, pulcritud y decoro. 2. Sin perjuicio de otras infracciones ya previstas en la Ordenanza de los Usos del Paisaje Urbano, los grafitos, las pintadas y otras conductas de ensuciamiento y afeamiento no sólo devalúan el patrimonio público o privado y ponen de manifiesto su deterioro, sino que principalmente provocan una degradación visual del entorno, que afecta a la calidad de vida de los vecinos o vecinas y visitantes. 3. El deber de abstenerse de ensuciar, manchar y deslucir el entorno encuentra su fundamento en la evitación de la contaminación visual, y es independiente y por tanto compatible con las infracciones, incluidas las penales, basadas en la protección del patrimonio, tanto público como privado”. Con esas premisas la ordenanza estableció una radical prohibición: “*Está prohibido realizar todo tipo de grafito, pintada, mancha, garabato, escrito,*

de señalar que para hablar de “deslucimiento” habría que tener en cuenta el estado previo del muro afectado, se describe a los autores de los grafiti en estos términos: “*más que unos atentadores contra el lucimiento del inmueble podrían considerarse como hipotéticos artistas callejeros, con cuyas obras de ingenio se mejoraba el aspecto exterior del inmueble en cuestión*”.

12. Mediante la LO 15/2003 se sustituyó la inicial pena de arresto de uno a tres fines de semana por la de “*localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad*”.
13. No está claro si la práctica del grafiti empezó en la superficie o, como apuntan los estudiosos, en la oscuridad de los túneles para, más tarde y en buena medida por la presión de los vigilantes, salir a la luz. La extensión de la protección a los bienes muebles se produjo con la LO 5/2010 que dio al art. 626 CP la siguiente redacción: “*Los que deslucieren bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad*”.
14. Cfr: https://ajuntament.barcelona.cat/ordenances/sites/default/files/pdf/Convivencia_0.pdf.

inscripción o grafismo, con cualquier materia (tinta, pintura, materia orgánica o similares) o bien rayando la superficie, sobre cualquier elemento del espacio público, así como en el interior o el exterior de equipamientos, infraestructuras o elementos de un servicio público e instalaciones en general, incluidos transporte público, equipamientos, mobiliario urbano, árboles, jardines y vías públicas en general y el resto de los elementos descritos en el artículo 3 de esta Ordenanza.” (art. 20.1 Ordenanza). Sólo se permiten “los murales artísticos que se realicen con autorización del propietario o con autorización municipal” (art. 20.1 Ordenanza). Aun contando con la autorización del propietario, “cuando el grafito o la pintada se realice en un bien privado que se encuentre instalado de manera visible o permanente en la vía pública, se necesitará, también, la autorización expresa del Ayuntamiento” (art. 20.2 Ordenanza). Las sanciones previstas en la Ordenanza, que sigue vigente, oscilan entre los 700 y los 1.500 euros, pudiendo llegar a 3.000 si se trata de monumentos o edificios catalogados o protegidos (art. 21 Ordenanza). Además se contempla expresamente la posibilidad de conminar al infractor a que limpie de inmediato el bien afectado, sin perjuicio de que pueda hacerlo a sus expensas la Administración, con la consiguiente destrucción de la creación (art. 22.2 y 3 Ordenanza)¹⁵.

La implicación municipal en la lucha contra los grafiti y las manifestaciones de arte urbano no autorizadas contribuyó sin duda a reorientar el enfoque sancionador y permitió al fin la despenalización específica de la actividad. Mediante la LO 1/2015, se modificó el Código Penal para derogar las “faltas contra el patrimonio”, con la consiguiente eliminación de las de “daños” y “deslucimiento”¹⁶. De este modo, en el vigente Código, la actividad de los grafiteros y artistas urbanos en general sólo podrá castigarse penalmente cuando concurren los elementos del delito de daños¹⁷.

15. Muchos otros municipios cuentan con normas semejantes. Pueden verse, como simples ejemplos, las Ordenanzas de Madrid [*Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y Gestión de Residuos*, aprobada el 27/2/2009; *vid.* arts. 17, 86.1.g) y 89.4] y de L'Hospitalet de Llobregat (*Ordenanza del Civismo y la Convivencia*, aprobada el 23/2/2015; *vid.* art 72). Las dos Ordenanzas pueden consultarse en las páginas electrónicas de los correspondientes Ayuntamientos: <https://sede.madrid.es/sites/v/index.jsp?vgnextoid=4bde9faac2330210VgnVCM2000000c205a0aRCRD&vgnnextchannel=6b3d814231ede410VgnVCM1000000b205a0aRCRD>; y <http://www.l-h.cat/utills/obreFitxer.aspx?dVsDWr21YFXywC5bIqazAldJPMztbWcLu1yPawjPxb6AdyqxDO0TjpqazAiVVFwDBOd9oUx>.
16. El Preámbulo de la LO 1/2015 da la siguiente explicación: “*Desaparecen las faltas consistentes en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del artículo 626, así como la causación de daños de escasa entidad en bienes de valor cultural, que pueden reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad, o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de bienes de dominio público, también puede acudir a la sanción administrativa.*”
17. Artículo 263 CP: “1. *El que cause daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño. [//] Si la cuantía del daño causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. [//] 2. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños expresados en el apartado anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes: [...]* 4.º *Que afecten a bienes de dominio*

Ahora bien, como cabe suponer, el movimiento despenalizador no podía dejar de acompañarse de un reforzamiento de la vía administrativa, esta vez a nivel legal y para todo el Estado. Las actividades que nos interesan pasaron a ser objeto de la controvertida LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC), cuyo art. 37.13 tipifica como infracciones leves: *“los daños o el destucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan infracción penal”*¹⁸.

No es extraño que los especialistas en arte urbano hayan visto un antes y un después en la aprobación y aplicación de las normas penales y administrativas a las que se viene haciendo referencia. Dejando a un lado su necesidad o acierto, no resulta exagerado decir que cambiaron por completo la escena del arte urbano de ciudades como Barcelona, que en los años noventa era un referente internacional. Muchos artistas fueron multados y la calidad de los murales se resintió visiblemente, pues tenían que pintarse con prisas para evitar identificaciones y sanciones¹⁹.

Paradójicamente, no obstante, las mismas Administraciones que aprobaban las ordenanzas de civismo y otras normas para reprimir la actividad no autorizada de los grafiteros y artistas urbanos, empezaron a reparar en su valor y utilidad para mejorar visualmente el espacio urbano. Lo mismo sucedió con

o uso público o comunal. [...] 6.º Se hayan ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales”.

18. Como explica el Preámbulo de dicha ley, se trataba simplemente de trasladar la represión desde el ámbito penal al administrativo: *“[...] la reforma en tramitación del Código Penal exige una revisión de las infracciones penales de esta naturaleza que contenía el libro III del código punitivo para incorporar al ámbito administrativo algunas conductas que, de lo contrario, quedarían impunes, como [...], el destucimiento de determinados bienes en la vía pública”*. De acuerdo con el art. 39.1 LOPSC las infracciones leves se castigan con multas que pueden oscilar entre 100 y 600 €. La sanción administrativa, como es lógico, no excluye la obligación de reparar, expresamente prevista en el art. 42 LOPSC. Importa subrayar que, cuando el autor de los hechos sea un menor, *“responderán, solidariamente con él, de los daños y perjuicios ocasionados sus padres, tutores, curadores, acogedores o guardadores legales o de hecho, según proceda”*. Esta regla coincide sustancialmente con lo que resulta de LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM, cfr. art. 61.3). Cuando se trate de daños derivados de actos realizados por menores que no hayan alcanzado los catorce años serán de aplicación las reglas generales de responsabilidad previstas en el Código civil. De acuerdo con ellas normalmente responderán los padres o cuidadores, sin perjuicio de la responsabilidad del propio menor si tiene capacidad para valorar lo correcto o incorrecto de sus actos (capacidad natural).
19. Hace ya un tiempo, el 15/8/2018, en un artículo de Luis BENVENUTY publicado en el diario *“La Vanguardia”*, un artista japonés dedicado al “arte urbano” –no al “graffiti”– llamaba la atención sobre esta obviedad. Decía, refiriéndose a la Barcelona del momento: *“puedes encontrar fácilmente muros donde pintar de un modo legal, sin miedo a la policía, sin prisas”* (<https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20180815/451328209551/artistas-pinturas-paredes-muros-barcelona-arte.html>).

la sociedad en general y entre el propio colectivo judicial llamado a aplicar las normas represoras, separando a este objeto el grafiti de los murales más elaborados²⁰. Son muchas las organizaciones que se han preocupado por la catalogación y conservación del grafiti y el arte urbano. Existen incluso iniciativas académicas, como “CAPuS Project”, con vocación internacional y apoyo de varias instituciones (entre ellas la Universidad de Vigo), creadas con el objetivo de estudiar y preservar este tipo de arte²¹. Ahora bien, mientras estas iniciativas, algunas basadas en el respeto de la legalidad y, por tanto, en la obtención de autorizaciones, parecen haber sacado a la calle a artistas que

20. Aunque quizá no expresara un punto de vista mayoritario, puede servirnos nuevamente de ejemplo la ya citada sentencia de la sec. 2 de la Audiencia Provincial de Valencia de 8/9/2009 (ECLI:ES:APV:2009:6659). Estos son los términos en los que se refiere al arte urbano: “[...] a día de hoy [sic] el arte urbano está reconocido como una de las expresiones artísticas más influyentes, lo que se descubre por la exposición de obras de artistas urbanos, junto con otros artistas contemporáneos, en los mejores museos del mundo (Moma, Tate Gallery, Guggenheim) [...] Todo ello nos lleva a examinar si, a través de la plasmación del producto de la creatividad en espacios acotados, sin perjudicar ni deslucir, ni edificios públicos ni otros espacios de titularidad excluyente, no debemos pensar más bien que con ello se favorece el acercamiento del público a expresiones artísticas espontáneas, se llega a recuperar áreas que urbanísticamente pudieran estar deprimidas o abandonadas [...], se puede llegar incluso a provocar la satisfacción de las sensibilidades culturales y a ofrecer posibilidades de salida profesional alrededor de los valores que acompañan el arte, con el contenido educativo que sobre todo para los segmentos más jóvenes de la sociedad pudiera llegar a significar e incluso desvelarles un especial interés por el arte, entre otros beneficios derivados”. Pero, quede claro, ese no era el punto de vista de todos los jueces. Valga como ejemplo lo que, con gran claridad, se decía en una sentencia algo anterior de la misma Audiencia Provincial de Valencia (25/6/2002, sec. 1, ECLI: ES:APV:2002:3756): “La pretensión de que una pintada más o menos artística no significa el deslucimiento de un inmueble es una afirmación subjetiva de quien la realiza, porque por muy artística que sea esa pintada ha supuesto una injerencia inconstituida en un bien ajeno, cuyo titular no tiene por qué soportar las aficiones artísticas de otra persona, que no necesariamente han de coincidir con las propias. Y es esto precisamente lo que al final de todo resulta castigado: la invasión inconstituida en un bien ajeno” (FJ único).
21. “CAPuS Project” (<http://www.capusproject.eu/project-description/>) es un proyecto académico de colaboración internacional cuyo objetivo es la creación de protocolos para la conservación del arte urbano. Sin ánimo de exhaustividad cabe mencionar también: el “Observatorio de Arte Urbano” (<http://observatoriodearteurbano.org/>) fundado por conservadores de arte dedicados a promover la preservación del arte urbano y a crear una base de datos colaborativa para registrar cualquier tipo de arte público; INDAGUE; la Asociación española para la investigación y difusión de grafiti y arte urbano, cuyo enfoque interdisciplinar incluye artistas, académicos y restauradores entre otros, “Madrid Street Art Project” (<http://madridstreetartproject.com/>), una iniciativa privada que organiza visitas guiadas por la ciudad de Madrid en las que se muestran las intervenciones de arte urbano; iniciativas como *Estudio 34* que mapean y digitalizan las obras de arte urbano de Madrid y Barcelona (<https://www.estudio34.com/guiadearteurbanobarcelona/>; <https://www.estudio34.com/guiadearteurbanomadrid/>); o “Rebobinart” (<https://www.rebobinart.com/es/>) una entidad cultural especializada en el desarrollo de proyectos de arte urbano. En Bilbao, *Bilbao Art Distric*, es una iniciativa público-privada que edita un mapa ubicando sus mejores murales <http://www.bilbaoartdistrict.com/plano-murales-bilbao-la-vieja/>

antes trabajaban sólo en su estudio, parte de los grafiteros tradicionales han optado por buscar nuevos escenarios y se han desplazado a otras ciudades o países más permisivos o con una menor capacidad de control.

2. NO TODO ES LO MISMO: GRAFITI Y ARTE URBANO

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el grafiti en los siguientes términos: “*Firma, texto o composición pictórica realizados generalmente sin autorización en lugares públicos, sobre una pared u otra superficie resistente*”. Se trata, sin embargo, de una definición acaso demasiado general y omnicomprendensiva. Convendría distinguir. En efecto ¿son las normas aplicables, y la propia percepción social, las mismas para todo el abanico de intervenciones, o por el contrario difieren según el valor artístico, temática, existencia o no de autorización y otros factores? Es relativamente normal referirse al grafiti de manera genérica, y los términos “graffiti” y “arte urbano” –traducción más utilizada del término “*Street Art*”– son hasta cierto punto intercambiables. Pero hay algunas características que nos permiten distinguirlos. El “graffiti” suele asociarse con la ilegalidad y las posiciones “antisistema” y a menudo tiene el objetivo de “marcar” el territorio entre los propios grafiteros. Su ejecución suele ser muy rápida y en superficies no autorizadas (muros, trenes, persianas...), su forma consiste mayoritariamente en letras o palabras y su técnica pictórica se basa en el uso del spray o aerosol aplicado directamente sobre la superficie. El “*Street Art*” o “arte urbano”, en cambio, consiste principalmente en imágenes y su pretensión no es “marcar” para los *colegas* sino realizar una obra dirigida al público en general. Su ejecución es más lenta y a menudo necesita técnicas más sofisticadas, como la preparación del muro. También es común el uso de medios importantes, como andamios o grúas, cuando se trata de pinturas de gran envergadura. Ello hace que con frecuencia se trabaje con la autorización o incluso por encargo del propietario del edificio o soporte. Como quiera que sea, bajo la categorización de grafiti o arte urbano, las pintadas en la calle tienen algo en común: son arte público, solicitado o no, pero disponible en los muros y superficies exteriores para todo el mundo que lo quiera ver o no pueda evitarlo aun queriendo. Se trata de pintar las paredes para ser vistas, respondiendo acaso al mismo impulso que llevó a los hombres y mujeres del paleolítico a pintar las cuevas de Altamira.

El término “graffiti”, de claras raíces italianas y en última instancia griegas, se acuñó en los años 70 en los ambientes alternativos de Nueva York y de ahí pasó a Europa, concretamente a Gran Bretaña, acompañando al movimiento “*Punk*” en la década de los 80. El “graffiti”, como se viene diciendo, está asociado a una actividad ilegal y normalmente sugiere poco atractivo estético, o por lo menos no conforme la estética mayoritaria...hasta que se convierte en

tendencia y empieza a ser reproducido en carpetas, carteras escolares y sudaderas de los más famosos cantantes de “hip-hop” y crea a su alrededor una gran industria química de “sprays” o aerosoles elaborados específicamente con el fin de pintar paredes²². De hecho, el grafiti y el arte urbano se retroalimentan y algunos de los grafiteros que empiezan su actividad de manera ilegal se convierten más tarde en “artistas urbanos” cuyas obras alcanzan cifras extraordinarias en galerías y subastas de arte. En algunos casos llegan a alcanzar el estatus de celebridad. Las obras de *Banksy*, el misterioso artista urbano cuya identidad todavía es objeto de especulación, alcanzan valoraciones espectaculares y han llegado a venderse en subastas públicas, a veces con gran revuelo mediático como sucedió cuando una de ellas se autodestruyó en directo justo en el momento de adjudicarse a la puja más alta. *Banksy*, además de crear obras con un claro mensaje de justicia y crítica social, impulsa y sufraga proyectos como el barco *Louis Michel* dedicado al rescate de refugiados en el Mediterráneo y decorado con el famoso *stencil* o estarcido (imagen realizada con una plantilla) de la niña con el salvavidas en forma de corazón.

En realidad, nos movemos entre el vandalismo y el arte, sin descartar su posible y no infrecuente acumulación²³. Bajo el término grafiti, usado en su sentido más amplio e impreciso, han ido apareciendo términos que se importan directamente en inglés en la jerga de los grafiteros como los “*tags*”, “*throwups*” y “*pieces*”. De alguna manera, pueden verse como diferentes estadios de una misma manifestación creativa caracterizada por la ejecución rápida y el uso, aunque no siempre, del *espray*²⁴. El objetivo primario de los grafiteros, en activa competencia entre ellos, sería popularizar su *firma*, marcar zonas y lanzar

22. “*Montana Colors*”, es una marca barcelonesa líder en la fabricación de sprays con distribución en todo el mundo. Cuenta con un departamento de promoción cultural de arte urbano. Una visita a su sitio web (www.montanacolors.com) resulta sumamente interesante e ilustrativa. Su oferta de colores, recipientes, cabezales (“*caps*”), complementos y actividades basta para hacerse una idea de la magnitud del fenómeno y su impacto empresarial.

23. Ese movimiento y posible confluencia se expresan con claridad en el título del ya citado artículo de Julián LÓPEZ RICHART: “*Y el vandalismo se hizo arte: la protección del grafiti por el derecho de autor*”.

24. Esta sería la taxonomía que recoge Heitor ALVELOS en “*A set of Premises for the Scrutiny and Interpretation of Graffiti and Street Art*”, en Enrico BONADIO, *The Cambridge Handbook... cit.*, pp. 15 y ss. El “*tag*”, explica, es la firma del escritor (“*writer*”) que aspira a cubrir el máximo territorio posible; el “*throw up*” vendría a ser una firma o un marcador más elaborado, usando letras redondeadas, de *estilo burbuja*, perfiladas en un color y rellenadas con otro, con el objetivo de potenciar y dar más visibilidad a la firma o mensaje; “*pieces*” (esto es, “*masterpieces*”), por último, sería el término aplicado a composiciones más grandes y complejas, con frecuencia basadas en esbozos previos y con las que el autor da cuenta de su dominio de la técnica y de su propio estatus en un territorio (*vid. op. ult. cit.* pp. 19-20). Acoge y explica también la clasificación, junto con los problemas terminológicos que rodean a estas manifestaciones artísticas, Julián LÓPEZ RICHART, “*Y el vandalismo se hizo arte... cit.*”, pp. 55 y ss.

mensajes. También cabría incluir en el “graffiti” los “*stencils*” o estarcidos, ejecutados con plantillas hechas con una lámina de plástico o metal fino que permiten dibujar rápidamente sobre la pared una imagen o palabras *disparando* el espray sobre ellos. Con este sistema se puede realizar con tranquilidad el trabajo artístico en casa o en el estudio para luego crear la pieza en la calle a gran velocidad y poco riesgo, ya lo haga el propio artista o un *operario* a sus órdenes.

A diferencia del “graffiti”, el término “arte urbano” (“*street art*”) es una categoría muy amplia que se asocia a las imágenes, ilustraciones o símbolos dirigidos, como ya se explicado, no tanto a los *colegas* como al público en general. Cualquier persona puede entender las obras de *Banksy*. Los destinatarios de sus incisivos mensajes no son los grafiteros sino la sociedad en su conjunto, a la que brinda hermosos y estimulantes motivos de reflexión. Mucho “arte urbano”, además, se hace con autorización del propietario del soporte e incluso con el patrocinio de empresas o autoridades. Obras monumentales como por ejemplo las de *Aryz* no pueden ejecutarse sin grúas, permisos, seguros y recursos económicos²⁵. Pero este elemento, que reconduce al mundo de la legalidad, no es imprescindible. “Arte urbano” puede incluir también paredes pintadas en fábricas abandonadas o muros en zonas poco concurridas en las que, aun no habiendo permisos, parece haber alguna tolerancia o, al menos, una propiedad menos celosa de sus prerrogativas. Generalmente, aunque no siempre, el contenido del arte urbano es figurativo. En cuanto a las técnicas, no está asociado necesariamente con el espray, sino que se puede ejecutar con pintura plástica, rodillo y otros medios más sofisticados y requiere más planificación que el graffiti²⁶. Cabe observar que, si bien el arte urbano suele materializarse en creaciones bidimensionales, no hay que excluir que, dentro de la categoría, se incluyan también creaciones tridimensionales, como por ejemplo, piezas escultóricas u objetos que el autor crea en su estudio y luego abandona en la calle o bien piezas creadas *in situ*. Es interesante observar cómo los grafiteros y artistas urbanos han llevado al espacio público las tradicionales obras bidimensionales que sólo raramente se exhibían en él. Para las esculturas, en cambio, ese era ya un espacio natural desde la antigüedad. La novedad sería la aparición de objetos tridimensionales no encargados y ubicados en la vía pública sin autorización, junto con el hecho –también notable– de que la escultura tradicional haya bajado de su pedestal

25. Es fácil encontrar en Internet imágenes de obras de *Aryz*, seudónimo de Octavio Serra Arrizabalaga (Palo Alto, California 1988). Puede verse una muestra en el artículo “*Aryz, el muralista de Cardedeu que triunfa en el mundo*”, publicado en el diario “El Nacional” (G. Nerín, 31/3/2019) y disponible en: https://www.elnacional.cat/es/cultura/aryz-muralista-cardedeu_368497_102.html.

26. En general para un análisis detallado de los puntos de convergencia y divergencias entre el “graffiti” y el “arte urbano”, *vid.* el ya citado artículo de Heitor ALVELOS (“*A Set of Premises...*”) en la obra colectiva editada por Enrico BONADIO, *The Cambridge Handbook...*, *cit.*

y se haya colocado al nivel de los ciudadanos a los que se abren posibilidades más allá de la simple contemplación distante. Finalmente, el arte urbano ha sido también una herramienta utilizada por las administraciones como un espacio de articulación social. Valgan como ejemplo el ya consolidado “*Lunetta a Colori*”, un festival en un barrio periférico de Mantua que ha contribuido a la integración de jóvenes de más de diecisiete etnias²⁷, así como otras iniciativas que, apoyándose en la comunidad de artistas urbanos, llenan de color espacios grises, como la decoración de los pilares del viaducto de la carretera C-33 en el municipio barcelonés de Montcada i Reixac²⁸.

3. UNA MUESTRA ILUSTRATIVA DE GRAFITEROS Y ARTISTAS URBANOS ESPAÑOLES

Para completar esta imprescindible introducción nos fijaremos en algunos ejemplos nacionales, útiles para analizar la confrontación del grafiti y el arte urbano con el derecho de autor. Entre nosotros, algunos creadores han alcanzado una notable reputación en el sector artístico hasta situarse entre los más importantes del mundo. Intentar hacer una lista sería imposible e iría más allá del objetivo de este artículo. No obstante, cabe resaltar algunos nombres que ilustran la calidad y singularidad de los artistas urbanos de la escena española.

“*El Muelle*” (seudónimo de Juan Carlos Argüello, Madrid, 1965-1995)²⁹ es uno de los españoles que ha alcanzado el estatus de clásico en la historia del grafiti. Su creación más característica, es un “*tag*” con forma de muelle subrayado con una flecha y una “R” en un círculo, símbolo de las marcas registradas³⁰. A mediados de los ochenta, en el marco de la llamada *movida madrileña*, movimiento contracultural que tuvo lugar durante la transición política de la dictadura

27. <https://www.artribune.com/arti-visive/street-urban-art/2020/08/street-art-e-periferie-a-mantova-la-quinta-edizione-di-without-frontiers-lunetta-a-colori/>

28. <https://www.lavanguardia.com/local/gran-valles/20181103/452532542902/grafiti-arte-urbano-montcada-columnas-c-33.html>. El Festival de arte urbano “*Mira’Mir*” llenó en 2018 de color Montcada i Reixac, un municipio catalán muy castigado por las infraestructuras (<https://www.montcada.cat/el-municipi/turisme/calendari-festiu-festes-i-fires/-miramir.html>).

29. Sobre él, *vid. el* *diccionario documental “Mifirma en las paredes”* producido en 1990 por *Televisión Española* y disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=C1-HyZPX_tU&feature=youtu.be.

30. Al parecer, Juan Carlos Argüello llegó a registrar su creación como marca en 1985. El año 2000, tras su fallecimiento, su hermano, como titular *mortis causa* de los derechos de propiedad intelectual, la inscribió también como “obra plástica”, con el título “*Graffiti Muelle*”, en el Registro de la Propiedad Intelectual, constando como “fecha de divulgación” el año 1980. La condición de obra no depende del registro. Pero, teniendo en cuenta que la inscripción puede denegarse, la valoración del registrador tiene un valor evidente, también en términos jurídicos, mientras no se combata.

franquista a la democracia, Argüello comenzó a pintar su reconocible firma en tantas paredes como pudo. La policía española –como había sucedido en otros lugares– llegó incluso a sospechar que la *etiqueta* o “*tag*” era una señal utilizada por narcotraficantes para marcar zonas frente a sus rivales o para dirigir a los clientes a los puntos de venta. “*El Muelle*” pasaría de ser multado por pintar en la famosa escultura “*El oso y el madroño*” de la Puerta del Sol (Antonio Navarro, Villena, 1906-1983) a aparecer en folletos de promoción turística en Madrid. En 1987 en la feria internacional de arte contemporáneo ARCO. Pese a ello rechazó muchas ofertas para reproducir su “*tag*” con fines comerciales. Actualmente se lleva a cabo un esfuerzo muy riguroso para identificar, categorizar y preservar todas las *etiquetas* de “*El muelle*” en Madrid. Incluso se presentó en 2012 una petición al Ministerio de Cultura para declarar su firma como BIC (Bien de Interés Cultural)³¹. En 2016 el Ayuntamiento le puso su nombre a un parque público en el barrio de Carabias donde había vivido.

Tag de “El Muelle” en la calle Montera de Madrid



<https://urbanario.es/en/comienza-la-restauracion-de-la-firma-de-muelle-en-la-calle-montera-de-madrid/>

“*Chupete Negro*” (Carlos Redón, Barcelona, 1969)³² fue uno de los primeros artistas en idear el concepto de “*logoart*”, un nuevo estilo que irrumpió en la escena del grafiti. El chupete negro marca un espacio como un “*tag*” escrito, pero al tratarse de una imagen es mucho más fácil de recordar e identificar. A

31. <https://muellefirma.wordpress.com/firma-de-muelle/>. La petición no prosperó al fin, pero su mera existencia resulta significativa.

32. <https://elxupetnegre.com/>.

principios de los noventa, los *chupetes negros* comenzaron a aparecer en muchas ciudades europeas y americanas, y a mediados de los noventa se habían convertido en un icono popular en los medios de comunicación. Redón, “*Chupete Negro*”, empezó entonces a recibir encargos de marcas de ropa y de *skate*, así como todo tipo de material relacionado con el grafiti (esprays, rotuladores, etc.). La creación, el “*chupete negro*”, comenzó a exhibirse en galerías privadas e incluso se reprodujo en calcomanías coleccionables de los productos de bollería “*Bony*” y “*Tigretón*”, la merienda favorita de muchos niños en los años ochenta y noventa.

El xupetNegre, Sabadell, 2005



<https://elxupetnegre.com/history/>

“Pez” (José Sabaté, Barcelona, 1976) es otro conocido artista urbano activo desde 1999. Toma su nombre de la figura más icónica de sus murales: un pez sonriente que se convirtió en una celebridad del “graffiti” en las paredes de su ciudad. Ha participado en un sinnúmero de exposiciones, galerías, festivales, ferias de arte internacionales tanto en España como fuera de ella. Crea todo tipo de figuras con una sonrisa distintiva que también se ha apoderado de mochilas, peluches y fundas para móviles, entre otros objetos³³.

Pez, Cans, Cash and Candy, Viena, Austria 2013.



<http://www.el-pez.com/murals/>

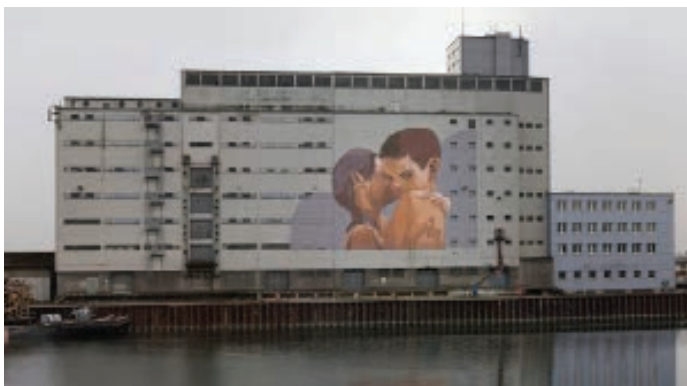
Pez merchandising escolar



33. Vid. su página web: <https://el-pez.com/>.

“Aryz”, Octavio Serra, ya mencionado anteriormente, es un joven muralista afincado en Cardedeu (Barcelona) y de fama internacional. Crea impresionantes obras poéticas y criaturas gigantes que expresan diversos estados emocionales. Usa pintura en aerosol y rodillos para crear sus obras. Ha pintado en varias ciudades europeas y del resto mundo.

Aryz, *overprotection*, Linz, Austria, 2014.



“PichiAvo” es el seudónimo conjunto de un dúo de artistas valencianos (“Pichi” y “Avo”), reconocidos por su capacidad para crear relaciones entre el arte urbano y el arte clásico. Su estilo es poético y formalista, deconstruyendo de forma lírica sus figuras masivas creadas principalmente usando solo espray³⁴.

PichiAvo, Muro de Ciutat Fallera, Valencia (10 x 60 m). 2017



<https://www.pichiavo.com/project/ciutat-fallera-wall-in-valencia/>

34. Vid. su página web: <https://www.pichiavo.com/>. No constan sus nombres reales. Los seudónimos serían al parecer sus apodos infantiles. En cualquier caso, son personas perfectamente identificables pues hay fotografías y entrevistas publicadas en Internet.

Pintadas, tags, logo art, murales, arte clásico y otras variantes del arte callejero quizá merecerían un tratamiento diferenciado y de hecho lo reciben desde el punto de vista social e incluso jurídico. Pero no en todos los ámbitos. El derecho de autor, por ejemplo, no está demasiado por la labor, sin perjuicio de que, al fin, ante las concretas manifestaciones quepa llegar a conclusiones diferentes. En principio, como es notorio, todas las creaciones quedan sujetas a los mismos parámetros para decidir si deben o no protegerse y cómo han de manejarse los conflictos con otros derechos e intereses. No obstante, las apreciaciones sobre el valor artístico (que, sin embargo, deberían dejarse al margen) y, sobre todo, el dato de la legalidad o ilegalidad del proceso creativo (actividad autorizada o prohibida) acaban siendo, a la postre, elementos relevantes e incluso, en el segundo caso, determinantes en no pocas cuestiones.

II. REQUISITOS PARA LA PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR

En principio, nada hay que excluya al arte de la calle o si se prefiere arte público (graffiti y arte urbano) del ámbito de la propiedad intelectual. Ni el tipo de expresión, ni el proceso creativo ni la ubicación o soporte son criterios que puedan utilizarse para negarle protección³⁵. El hecho de que una creación artística –realizada o no por encargo– esté en una calle, plaza, muro o cualquier otro espacio accesible o visible para el público no afecta al concepto de obra. Por supuesto, esa circunstancia y otras tienen consecuencias jurídicas. Pero no influyen en el “sí o no” de la protección. La decisión acerca de si una creación artística es objeto de propiedad intelectual ha de considerarse autónoma y previa al momento en el que esos factores pueden tener alguna trascendencia a otros efectos³⁶.

Ello no significa, sin embargo, que la protección dispensada por la legislación de propiedad intelectual deba prevalecer en todo caso sobre otros intereses igualmente dignos de tutela. Una cosa es la titularidad de los derechos y otra su ejercicio. En este sentido, la básica declaración de compatibilidad del art. 3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI)³⁷

35. Esta constatación es el punto de partida común de todos los autores que, desde diferentes puntos de vista y con referencia a cada uno de sus países, han efectuado aportaciones a la útil obra editada por E. BONADIO, *The Cambridge Handbook...*, cit.

36. Esta idea se recoge con claridad en el voto particular de la sentencia de la AP de Barcelona, sec. 15, 6/3/2020 (Caso *Farola Latina* ECLI: ES:APB:2020:2644): “El título por el cual el autor adquiere sus derechos sobre la obra es su creación. Por lo tanto, ese es el hecho generador de sus derechos y a ese momento hemos de estar para valorar su originalidad” (pfo. 10).

37. “Artículo 3. Características.-Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con: 1.º La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está

ni excluye las interferencias ni las resuelve *a priori* a favor de ninguno de los derechos que se mencionan. Las posibilidades de controversia son elevadas en el caso de las artes plásticas o visuales, en las que la creación intelectual no existe sino a través de la materia mediante la que se expresa la creación. La novela no es el libro. Pero una pintura sí es el cuadro, entendido como objeto o cosa. Parafraseando el Evangelio de San Juan, en las artes plásticas, al menos en las tradicionales, el *verbo se hace carne*. En el caso del arte callejero es particularmente importante tenerlo presente pues, como es notorio, en no pocas ocasiones los creadores trabajan sobre soportes ajenos sin contar con el consentimiento de sus propietarios. Encarnarse en un cuerpo, acaso sin alma pero con dueño, siempre es una fuente de problemas. Sobre todo cuando se hace sin permiso³⁸.

1. OBRAS Y PRESTACIONES

La legislación española, como otras, se organiza a partir de un simple esquema, muy común, que distingue *objeto, sujeto y contenido*. Sobre esa base, se configuran dos triángulos. El primero nos habla de *obras, autores y derechos de autor*; el segundo, de *prestaciones, otros sujetos y derechos afines*³⁹. No obstante, tratándose de grafiti y arte urbano, es improbable que los derechos afines lleguen a entrar en juego. Por supuesto, habrá casos de fotografías, grabaciones y bases de datos. Pero es difícil que las creaciones en sí, las pinturas, puedan ser objeto de ese tipo de derechos. A lo sumo, con bastante imaginación, cabría pensar en algún caso relacionado con la divulgación de obras inéditas en el dominio público (art. 129.1 TRLPI⁴⁰). Por ejemplo, por salir a la luz, pasados muchos años, alguna obra visual tapada por otra ejecutada sobre ella o, simplemente, encalada. Pero esa extraña hipótesis probablemente toparía con la exigencia legal de que la obra hubiera entrado inédita –en el sentido de no divulgada– en el dominio público, cosa que no parece fácil en el caso del grafiti y demás

incorporada la creación intelectual.[//] 2.º Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra. [//] 3.º Los otros derechos de propiedad intelectual [derechos vecinos, afines o conexos] reconocidos en el Libro II de la presente Ley”.

38. A este propósito resulta muy sugestivo, rico y recomendable el trabajo de Rafael SÁNCHEZ ARISTI: “*La propiedad trezada. El juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte*”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2015.
39. El término “*prestaciones*”, ausente de la derogada Ley de Propiedad Intelectual de 1987, ha ido poco a poco extendiéndose y en la actualidad su uso es frecuente en el articulado del vigente TRLPI. Lo mismo sucede con la expresión “*derechos afines*”, utilizada en las versiones españolas de las Directivas de la UE.
40. Artículo 129.1 TRLPI: “*Obras inéditas en dominio público y obras no protegidas. 1. Toda persona que divulgue lícitamente una obra inédita que esté en dominio público tendrá sobre ella los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a su autor*”.

creaciones de arte urbano⁴¹. Podemos pues dejar a un lado las *prestaciones* y centrarnos en la noción de *obra* o, si se prefiere, *obra protegida*.

La noción de obra es amplia y abierta. De acuerdo con el art. 10.1 LPI: “*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*”. Se trata de una definición sumamente hospitalaria, capaz de acoger cualquier expresión formal original de la creatividad

41. Conectando con los precedentes más remotos del graffiti, cabe recordar a este propósito uno de los diferentes litigios a los que dio lugar el descubrimiento en 1994 de la *Gruta Chauvet* (Ardeche, Francia), cuyas paredes exhiben un rico muestrario de pinturas del paleolítico, de más de veinte mil años de antigüedad. Los espeleólogos que hicieron el hallazgo sostenían que la realización de un documental en el que aparecieran tales pinturas, había infringido los derechos de propiedad intelectual que ellos habían adquirido, como descubridores, al sacarlas a la luz. Algo así como si Marcelino Sanz de Sautuola, o su nieta, hubieran reivindicado derechos afines sobre las pinturas de Altamira. En este sentido, los descubridores de la *Gruta Chauvet* criticaban que el art. L-123-4 del Código francés de propiedad intelectual –equivalente al art. 129.1 TRLPI– otorga los derechos en cuestión no a quienes divulgan o publican –como prevé el art. 4 de la Directiva 2006/116, sobre plazo de protección– sino a los propietarios del bien (en el caso, los terrenos que, además, habían sido expropiados por el Estado). Una argumentación osada y con poco recorrido, aunque brinda un material excelente para ilustrar cualquier explicación sobre el derecho afín del art. 129.1 TRLPI. Los tribunales franceses, como cabía esperar, eludieron la cuestión de la titularidad (¿derechos para el propietario o para quien publica?) y se centraron en el punto más fácil y obvio: ¿realmente las obras no habían sido publicadas o divulgadas previamente? Tanto la Corte de Apelación de París (sentencia de 6/2/2015) como la *Cour de Cassation* (*Chambre civile* 1, 30/11/2016, disponible en abierto en la base de datos “*Legifrance*”, <https://www.legifrance.gouv.fr/>) entendieron que sí lo habían sido. Las pinturas no fueron la obra de un cavernícola eremita asilado del mundo que tapió el acceso. Las investigaciones acreditaban que en la gruta había “*trazas de actividad humana*” correspondientes a un amplio período y, por tanto, no podía decirse que las pinturas no hubieran estado ya a los ojos del público antes de su moderno descubrimiento. No consta que los demandantes sostuvieran la posibilidad de nueva divulgación cuando una obra ha caído en el olvido más absoluto. ¿Realmente ha de negarse la existencia de divulgación en situaciones de ese tipo? La cuestión puede tener relevancia en el ámbito de la arqueología. En ciertas situaciones cabrá hablar de divulgación en el sentido más estricto y exigente (por ejemplo cuando se descubren pinturas o relieves en una tumba sellada y a la que jamás tuvo acceso ningún público). Pero en otras, aunque ese acceso se haya producido, el olvido –la desmemoria– habrá sido total y definitivo. ¿No cabría, en esta situación, considerar que el descubrimiento supone una nueva divulgación? ¿No encaja aquí la lógica y función del art. 129.1 TRLPI? El problema de si la divulgación es un acto único e irrepetible ha llegado a los tribunales españoles en alguna ocasión, aunque no en casos tan extremos. Admitió la posibilidad de nuevas divulgaciones, una por modalidad de explotación, la SAP Madrid, sec. 28, de 27/2/2015 (ECLI: ES:APM:2015:3174). Pero la mayoría de resoluciones se inclina por la tesis de la divulgación única –de una vez y para siempre– para todas las modalidades. En este sentido: SAP Pontevedra, sec. 1, de 17/3/2015 (*Caso Vicus Petrae*, FD 3.º, ECLI: ES:APPO:2015:477) y SAP Barcelona, sec. 15, 15/6/2012 (ECLI: ES:APB:2012:8986). En el mismo sentido, SJM 2 de Vizcaya, 4/1/2019 (ECLI:ES:JMBI:2019:158).

humana, al margen del concreto lenguaje elegido para comunicarse con los demás⁴². Por otra parte, como cabía esperar, las creaciones plásticas o visuales aparecen en el listado abierto de ejemplos con el que se completa la definición legal del concepto de obra. Gozan así de protección “*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*” [art. 10.1,e) LPI].

Lo anterior no significa que cualquier expresión plástica o visual se beneficie de derechos de propiedad intelectual. Como queda dicho, el lenguaje utilizado (literario, audiovisual, musical, visual...) es irrelevante. Pero la creación concebida debe expresarse y, además, la concreta forma adoptada para ello ha de ser original. Sólo cumplida esta doble exigencia carecerá de importancia lo demás.

2. FORMA Y SUSTANCIA: LOS ESTILOS

No hay propiedad intelectual sobre las ideas, hechos, métodos, datos... Constituyen el material en bruto o *building blocks* de la creación y sería socialmente suicida someterlo a derechos exclusivos. En el caso de las artes plásticas o visuales, este principio excluye la propiedad sobre las formas geométricas básicas, bidimensionales o tridimensionales. No hay propiedad intelectual sobre el signo positivo ni sobre el asterisco. Podría haberla sobre un asterisco concreto, igual que sobre una letra aislada, y aquí nos sirve el ejemplo de las letras capitales de los pergaminos miniados medievales. Pero ese asterisco o esa letra deberán cumplir con la condición de la originalidad. Tampoco hay propiedad intelectual sobre los diversos colores de la paleta, en todas sus variantes, ya se trate del *negro más negro* o del *rosa más rosa*⁴³.

Lo mismo cabe decir de los estilos que caracterizan a pintores, dibujantes y otros artistas. Un estilo puede ser perfectamente reconocible y así sucede a menudo con el arte de la calle, sea grafiti o arte urbano. Entre los expertos, por ejemplo, es común referirse a las etiquetas o “*tags*” y sus derivaciones como el resultado de un proceso en el que, poco a poco, cada grafitero va configurando su propio estilo. No hay duda de que Arys, Pez, Pichiavo... lo tienen y,

42. Hay problemas, no obstante, con los lenguajes que se dirigen a los sentidos menos *espirituales* o, si se quiere, más *animales*: el olfato y el gusto. El caso de los perfumes ya ha llegado a los tribunales de algunos países (Francia y Holanda) y, como es notorio, olores y sabores han protagonizado el famoso *Caso Levola*, centrado en la falta de estabilidad del medio expresivo y cerrado por el tribunal con un “*no, por ahora*” (STJUE de 13/11/2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899).

43. Ha adquirido notoriedad la polémica en torno al color negro denominado *Vantablack*, protagonizada por Anish Kapoor (Bombay, 1954) y animada, entre otros, por Stuart Semple (Bournemouth, 1980) con su pretensión de monopolizar el rosa.

en alguna ocasión, este hecho sale a relucir cuando se habla de la protección de alguna de sus creaciones. Pero una cosa es que la existencia de un estilo pueda servir de *muleta* para reforzar la calificación de una creación como *obra* y otra convertir el estilo, en sí mismo, en objeto de derechos de autor; unos derechos que sólo pueden reconocerse sobre cada una de las concretas obras, sin descartar no obstante que en algún caso lleguen a crearse “personajes”. Nada impide pintar murales al estilo, por ejemplo, de Joan Miró (Barcelona, 1893 – Palma, 1983) o cubrir una pared con figuras blandas que evoquen creaciones de Salvador Dalí (Figueres, 1904 – Figueres, 1989). Por supuesto, siempre habrá zonas *calientes* de fricción y quizá, en algún caso, problemas de competencia desleal por confusión. Pero mientras no se pase la frontera entre sustancia y forma, entrando en el ámbito de esta, no debería haber problemas de infracción de derechos de autor. Inspirarse, evocar, incluso imitar... no es copiar⁴⁴.

44. En relación con estas cuestiones es casi inevitable traer a colación el conocido *Caso Kukuxumusu* suscitado a raíz de la venta de la empresa así llamada, que comercializaba las conocidas imágenes del toro “Testis”, la oveja “Beelorzia” y otros personajes, con frecuencia ambientados en los Sanfermines. La venta incluyó la cesión de los derechos de explotación –incluyendo el de transformación– sobre varios miles de dibujos concretos realizados por Mikel Urmeneta (Pamplona, 1963) y otros colegas suyos. Al cabo de poco tiempo, Urmeneta y algunos más crearon una nueva empresa y marca (“*Katuki Sayugaki*”) y empezaron a comercializar productos en los que aparecían los citados personajes, aunque en escenarios diferentes de los hasta entonces habituales. Ante este hecho, y simplificando ahora el elenco de litigantes, “*Kukuxumusu*” demandó a “*Katuki*” con el argumento de que había infringido sus derechos sobre lo que denominaba el “*Universo Kukuxumusu*” y, más en concreto, el derecho de transformación que había adquirido sobre los miles de concretos dibujos incluidos en la cesión. “*Katuki*” por su parte negaba que existiera tal “*Universo Kukuxumusu*” como objeto de derechos e insistía en que no había cedido derecho alguno sobre los “personajes” –cuestión no controvertida– y que, en cualquier caso, sería inadmisibles impedirle seguir creando de acuerdo con su propio estilo, dado que los estilos no son objeto de protección. Como puede verse, el conflicto pivotaba sobre estos tres puntos: alcance de los concretos derechos cedidos sobre miles de dibujos específicos e identificados y, en particular, del derecho de transformación; alcance de la titularidad de la propiedad intelectual sobre los personajes; y tratamiento jurídico del estilo de un creador. En primera instancia, la demanda fue estimada y se condenó a los demandados a abstenerse de reproducir, distribuir, comunicar o transformar “*los dibujos del Universo Kukuxumusu cuyos derechos económicos de propiedad intelectual fueron cedidos*”, en particular “*mediante su adaptación o recreación en cualquier nueva escena, situación o peripecia en la que pudieran ser colocados*” (SJM núm. Pamplona, 10/3/2017, ECLI:ES:JMN:2017:18). Los condenados recurrieron, alegando que la sentencia hacía una interpretación extensiva e incorrecta del contrato hasta el punto de impedirles la explotación de sus personajes. La Audiencia estimó parcialmente el recurso al entender que la segunda de las frases transcritas *supra*, dada su amplitud, podría interpretarse “*en el sentido de que la utilización de los personajes icónicos contenidos o representados en los dibujos objeto de los contratos de cesión de derechos en cualquier escena, situación o peripecia ‘nuevas’ supondría una transformación incontestada y prohibida por la sentencia*”. Y añadía: “*Consideramos que un pronunciamiento como el transcrito afecta y limita injustificadamente a los derechos de explotación*”

Hay que admitir, sin embargo, que en ciertos casos las fronteras pueden volverse borrosas. Sobre todo en el caso de autores cuyo mercado está más asentado en el estilo que en las obras concretas. Es significativo, a este propósito, que en ciertos casos, para argumentar la condición de obra protegida de alguna creación o de alguna porción de ella, haya que dejar de mirarla de forma aislada para ver el conjunto, probablemente como forma de acercarse a la *personalidad* del creador. Basta ver una pintura de Velázquez para calificarla como obra objeto de derechos de autor. Quizá para asegurar que es “*de Velázquez*” haya que echar mano de otras, o de todas. Pero una cosa es la autenticidad y otra la condición de obra protegida. Aunque pueda sorprender, en la mayoría de los casos no necesitamos al autor –al concreto autor– para nada. ¿O acaso hemos de saber quién pintó los bisontes de Altamira para concluir que se trata de una obra objeto de propiedad intelectual? Las obras anónimas nos recuerdan constantemente esta paradoja: no sabemos quién es el autor, pero sabemos que lo hay porque, a través de la creación, de una sola, descubrimos su existencia.

Las cosas, en cambio, no son tan simples con algunas de las creaciones de las que nos estamos ocupando. Pensemos, por ejemplo, en el famoso “*Radiant Heart*” (“*Corazón Radiante*”) de Keith Haring, sobre el que tuvo ocasión de pronunciarse la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 28, en una sentencia de 23/11/2018 (ECLI: ES:APM:2018:18838). Los demandados sostenían que “*no existe como tal una obra de Keith Haring que sea el corazón radiante*”. Lo que existe, proseguían, es un corazón que forma parte de una obra en la que aparecían unas figuras humanas, estas sí “*características*” (FD 2). La Audiencia, y antes el juzgado, rechazaron esta tesis al entender que el “*corazón radiante*” debía considerarse una obra. Pero la Audiencia, al argumentar la conclusión, no pudo evitar añadir un significativo *obiter* (destacado mediante comillas internas): “*la figura del citado corazón radiante, tal cual se present[a], en forma, color y contorno, constituye un elemento particularmente característico y relevante de la obra plástica ‘Radiant Heart’, por su situación y tamaño dentro de la composición plástica. ‘Y ello no solo en esa obra de Keith Haring, sino que aparece utilizado con la misma morfología en otras obras del autor, sin título’. El hecho de que no haya una obra plástica de ese autor que como individualidad presente exclusivamente la figura del corazón radiante, no supone que tal figura integrada en otras obras no resulte protegida por los derechos de propiedad intelectual*” (FD 6). ¿Se habrían reconocido derechos de

de los autores demandados sobre sus personajes, traspasando los límites de la cesión de derechos operada y ampliando de forma significativa el círculo de los actos creativos que integrarían el derecho exclusivo de transformación transmitido al cesionario, puesto que en su literalidad un pronunciamiento en tales términos abarca cualquier representación de uno de los personajes icónicos (v. gr. Mr. Testis) con la misma apariencia o rasgos característicos, en cualquiera que fuera la escena, situación o peripecia en que se le colocara” (SAP Navarra, sec. 3, 15/10/2019, ECLI:ES:APNA:2019:941,FD 6).

autor al *corazón radiante* aislado si se tratara de la única creación de alguien?... El corazón –con flechas que entran o rayos que salen– es un motivo repetido hasta la saciedad; sin ir más lejos, en la imaginería católica. La característica silueta del corazón, por otra parte, es tan banal como un círculo o un cuadrado y los recursos para darle vida –sensación de palpitación– tampoco son muchos. ¿Puede haber corazones radiantes que merezcan la condición de obra? Sin duda, y así lo entendió la Audiencia en el caso de Keith Haring. Pero quizá no hubiera hecho lo mismo si se tratara de un grafiti de autor anónimo, presumiblemente un crío, en el patio de una escuela. Como mínimo es legítimo plantear la duda⁴⁵.

Antes de entrar en aquello que importa (la originalidad), conviene detenerse brevemente en lo que no importa, esto es, aquello de lo que se debería

45. Hay más resoluciones que pueden servir para ilustrar la problemática apuntada. Cabe recordar, por ejemplo, una vieja sentencia penal de la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1, de 31/3/1998 (*Caso Sol de España*, ECLI: ES:APIB:1998:3391). Se discutía acerca del logotipo de una compañía aérea (“*Viva Air*”). Según los denunciantes, herederos del artista, se trataba de una reproducción de obras de Joan Miró. Los denunciados en cambio oponían que habían utilizado elementos no protegidos de diversas obras del artista y creado *ex novo* una nueva obra que de Miró, a la postre, sólo tomaba el estilo. La sentencia de primera instancia se pronunció en sentido absolutorio. Pero la Audiencia les condenó por entender que el logotipo no se había limitado a inspirarse en Miró sino que era una reproducción inconsciente de sus obras: “*En este caso, ha sido claramente buscada la explotación de una idea, que es previa y se encuentra acabadamente difundida y acreditada a manos de un autor consagrado, e incluso especialmente afianzada mediante elementos de propiedad industrial protegidos a favor de terceros (‘sol de España’), no para rememorarla por evocación sino para usarla por imitación y aprovechar así tanto el crédito preexistente en el orden artístico de la obra de M., como el comercial de aquel otro logotipo industrialmente protegido (‘Sol de España’)*” (FD, 4.º). Es difícil valorar una resolución judicial sin disponer de la información completa y, en particular, las imágenes. Pero es un caso, como mínimo, dudoso. Era obvio que el logotipo aprovechaba la fama y el estilo de Miró. Pero no parece que la propiedad intelectual se haya creado para proteger “iconografías”, “universos”, “conceptos” o “ideas”. Puede verse también, en este caso a propósito de otro famoso, Salvador Dalí, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sec. 1, de 30/3/2006, ECLI: ES:APGI:2006:261 (*Caso Hotel Plaça Dalí*). La sentencia es extensa y en ella se resuelven bastantes cuestiones. Estaría fuera de lugar hacer aquí un juicio global. No obstante, desde el punto de vista del derecho de autor, resulta llamativa la valoración que se hace a propósito de unas hormigas: “*Es un hecho notorio que D. Salvador Dalí utilizaba la hormiga como un elemento integrante de sus cuadros y no sólo a los que se refiere la demandante en su demanda [...], sino también y, especialmente, en el cuadro titulado ‘la persistencia de la memoria’ en el que aparecen hormigas en el reloj rojo, [...]. Por lo tanto, es claro que con la utilización de hormigas en la fachada del hotel, en las corbatas de los empleados y en el vehículo de promoción del hotel se pretendía utilizar referencias dalinianas y, por lo tanto, se ha producido también infracciones a los derechos de autor*” (FD 3.º). Nada que objetar a que, en el contexto del caso, las hormigas fueran una “referencia daliniana”. Pero de ahí a considerar que se infringe la propiedad intelectual por el hecho de pintar hormigas en una fachada, va un trecho. Las “referencias” son referencias; no reproducción de obras protegidas. Cuando se trata de “grandes nombres” y de las industrias montadas a su alrededor, los principios se manejan a veces con excesiva flexibilidad.

prescindir y que, sin embargo, a menudo acaba pesando en el momento de resolver. Así sucede en particular con la durabilidad y la licitud de las creaciones, este último un aspecto muy relevante en el caso del arte de la calle y, en particular, del grafiti en sentido estricto.

3. DURABILIDAD Y ACABADO

La durabilidad no es una condición de la protección. El Derecho español ni tan siquiera exige *fijación*, algo que permite el Convenio de Berna (CB) pero nuestra legislación rechaza⁴⁶. Sólo se requiere *expresión* y ésta puede realizarse tanto en un medio tangible como intangible. La obra no es tal a partir del momento en que se fija sino desde que se crea, aunque en el caso de las artes visuales cuesta imaginar una obra no fijada. Tampoco son relevantes las previsiones del autor acerca de su duración futura. Las obras pueden ser provisionales o incluso efímeras, sin perjuicio de la posibilidad de registrarlas mediante fotografía o medios audiovisuales. En las playas es frecuente ver esculturas de arena destinadas a desaparecer por efecto del sol, la lluvia, el viento o la marea y nadie las considera excluidas por ello del ámbito de la propiedad intelectual. En función de los materiales utilizados e incluso del contexto jurídico del acto creativo, los autores pueden tener asumido que su obra no va durar mucho. Unas veces por las propias características del medio, como sucede con algunas creaciones lumínicas (*mapping*)⁴⁷. Otras porque se sabe que el propietario del soporte las eliminará al haberse actuado sin su autorización; o que otro grafitero –acaso incumpliendo las *normas de la calle*– usará el mismo soporte o, en fin, que una obra al aire libre se irá degradando de forma progresiva por efecto de la lluvia, el viento y la contaminación. No tiene nada de particular.

46. Art. 2.2 CB: “Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material”. Es sabido que, en cambio, en algunos países la fijación es necesaria. Por ejemplo, los EE.UU. Pero no parece que ello deba suponer problemas para las manifestaciones artísticas de las que nos ocupamos. Como explica E. BONADIO “el criterio de la fijación en la legislación de derecho de autor de los EE.UU. sólo exige que la obra sea ‘suficientemente permanente o estable’ como para permitir que ‘sea percibida, reproducida o comunicable de alguna manera por un período más allá de lo puramente transitorio’” (“Street Art, Graffiti and Copyright: A US Perspective”, en E. BONADIO, ed., *The Cambridge Handbook...*, cit., p. 105, t.d.a.)

47. Es interesante el desarrollo de tecnología para realizar *graffiti lumínicos* mediante láser (<http://www.graffitiresearchlab.com>). En Barcelona se utilizó por Joshua Davis, en una presentación desarrollada como reacción frente a la *ordenanza de civismo* de 2005 (<https://www.youtube.com/watch?v=zOi5xinMAUQ>). Con esa tecnología parece que se eluden las prohibiciones sin que, por ello, se vea afectada la eventual protección pues, como ya se ha dicho, la legislación española no exige la fijación. En otro orden de cosas, cabe llamar la atención sobre el hecho de que, si bien la expresión visual es efímera, la expresión informática puede no serlo.

Si se repara en ello, casi cualquier conversación entre dos personas podría describirse como una creación literaria efímera. Como efímero es el hecho de cantar una canción. Y ni lo uno ni lo otro impide hablar de derechos de autor o afines, respectivamente⁴⁸.

Aunque sea bastante obvio, tampoco afecta a la protección de las creaciones plásticas o visuales su grado de elaboración, siempre que alcance a cumplir el requisito de la originalidad formal. Con esa única condición, un esbozo, un apunte o un grafiti inacabado por cualquier motivo, incluida la fuga ante la presencia del dueño del soporte o de las fuerzas de orden público, goza o puede gozar de la misma tutela que la obra completada.

4. LICITUD

Lo mismo hay que decir de la eventual ilicitud, aunque en el caso del arte de la calle o arte público, y en particular del grafiti, este asunto requiere mayor atención pues es un ingrediente presente en muchas creaciones. ¿Hay propiedad intelectual sobre las obras ilícitas, incluyendo en este término las ilegales, inmorales o contrarias al orden público? La respuesta afirmativa es clara y razonable. La ilicitud, de darse, es irrelevante a este efecto. Se trata de una cuestión resuelta de manera bastante expeditiva en la tradición o familia de Derecho de autor, en la que se sitúa la legislación española. La misma conclusión ha acabado imponiéndose también, con un poco más de esfuerzo, en la tradición del *Copyright*⁴⁹.

48. Vid. ampliamente, con expresas referencias a las artes plásticas o visuales, Rafael SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad trenzada*, cit., apdo. 5.

49. En la tradición del *Copyright*, dadas sus premisas, la conclusión quizá ha sido un poco más trabajosa. Para el *Derecho de autor* el reconocimiento de la propiedad intelectual es ante todo una cuestión moral o de justicia. Para el *Copyright*, en cambio, es un asunto de conveniencia o utilidad al servicio de un objetivo: el estímulo de la creación. Ante el problema de la ilicitud no pueden evitar hacerse la pregunta que es piedra de toque en su visión de la institución: ¿conviene reconocer derechos para estimular la producción de obras ilegales o inmorales? Con semejante enfoque, se comprende que cueste un poco más concluir que también las obras ilícitas –ilegales o inmorales– son objeto de propiedad intelectual. Pero al fin se ha acabado imponiendo la misma conclusión favorable al reconocimiento de derechos. Vid. sobre este particular, en la obra editada por E. BONADIO (*The Cambridge Handbook...*, cit.), los trabajos de Paula WESTENBERGER (“*Copyright Protection of Illegal Street and Graffiti Artworks*”, pp. 55 y ss.), del propio BONADIO (“*Street Art, Graffiti and Copyright: A US Perspective*”, pp. 105 y ss. y “*Street Art, Graffiti and Copyright: A UK Perspective*”, pp. 159 y ss.) y de Pascale CHAPDELAIN (“*Graffiti, Street Art, and the Public in Canadian Copyright Law*”, pp. 123 y ss.). Vid. asimismo Eldar HABER, “Copyright protection of illegal Works”, en Enrico BONADIO y Nicola LUCCHI (editores), *Non Conventional Copyright*, ed. Elgar, 2018, pp. 401 y ss. También Julián LÓPEZ RICHART llama la atención sobre esta diferente aproximación inicial a la cuestión de la ilicitud desde las tradiciones del *Copyright* y

Tal solución es bastante obvia cuando la ilicitud no afecta a la obra en sí sino a elementos extrínsecos ligados a su proceso creativo. El hecho de que un artista utilice trabajadores ilegales, incluso a menores, para crear un gran mural podrá dar lugar a sanciones penales o administrativas, pero no compromete la protección del resultado⁵⁰. Lo mismo hay que decir de un edificio construido sin licencia. Tampoco importa la utilización de materiales obtenidos ilícitamente (por ejemplo, botes de aerosol robados) o incluso fuera del comercio (por ejemplo, cenizas humanas⁵¹). En todos esos casos, acaso con alguna duda en el último, la ilicitud es extrínseca a la obra. En particular, por tratarse del caso más frecuente, es irrelevante que el artista utilice soportes, privados o públicos, sobre los que carece de derecho alguno. Pintar sobre los muros de casas y edificios ajenos sin autorización del propietario, es ilegal y una falta de respeto⁵². También lo es hacerlo sobre vagones de tren o de metro o sobre señales de tráfico⁵³ y otros muchos soportes. Pero esa ilegalidad, como se viene diciendo, no afecta al reconocimiento de derechos de autor.

Por supuesto habrá que resolver no pocos conflictos. Quizá haya que decidir, en función de las circunstancias, si han de prevalecer los derechos del autor sobre su obra o los del dueño sobre el edificio utilizado como soporte y, con toda probabilidad, propietario también de la obra de arte entendida como cosa u objeto material. O acaso haya que enfrentarse a un conflicto entre autores pues cabe que el grafitero haya ejecutado su creación sobre un mural, una escultura o una obra arquitectónica protegida con la consiguiente lesión de los derechos morales de su creador⁵⁴. Tampoco hay que olvidarse de

el Derecho de autor, con cita de algunas resoluciones ilustrativas (“*Y el vandalismo se hizo arte...*”, *cit.*, pp. 62 y ss.).

50. Por supuesto, la alusión a los menores debe entenderse referida a la legislación laboral y a su posible empleo como simple mano de obra, no a su participación en actividades creativas. Los patios e incluso exteriores de no pocos edificios escolares, por ejemplo, están llenos de murales realizados por alumnos de todas las edades, a los que –al margen de su calidad– el derecho de autor no cierra sus puertas.
51. Como en la obra “*Somebody*” de Kris Martin (<https://walkerart.org/magazine/kris-martin-time-death-absence>). En cuanto al material ajeno, como explica R. SÁNCHEZ ARISTI (*La propiedad trenzada*, *cit.*, apdo. 7), si se siguiera otro criterio, “*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*”.
52. Vid. la entrada “*Banksy, el lanzador de flores (Flower Thrower)*” y la *EU IPO*” (8/10/2020), en el blog de la asociación ALADDA (www.aladda.es).
53. Caso de Clet Abraham, un francés nacido en Sevilla pero afincado en Italia, por muy ingeniosas que resulten sus creaciones <https://www.clet.com/>.
54. Recientemente la prensa se hacía eco del conflicto surgido en torno a un polideportivo del arquitecto Miguel Fisac (Daimiel, 1913 – Madrid, 2006) cuando el Ayuntamiento de Getafe, propietario del edificio, decidió colorear sus fachadas, provocando un conflicto entre los derechos morales de autores *inocentes* (<https://elpais.com/cultura/2020-10-02/los-arquitectos-espanoles-reclaman-a-getafe-que-devuelvan-a-fisac-a-su-estado-original.html>).

las administraciones públicas, en la medida en que –incluso con autorización o tolerancia del propietario del soporte– el grafiti puede infringirlas ordenanzas o normas establecidas. Finalmente, habría que pensar asimismo en la ciudadanía en general, en particular la comunidad que habita el entorno –el barrio– en el que se llevan a cabo los grafiti u obras de arte urbano y a la que se imponen las creaciones sin mediación ni control alguno por su parte. Es cierto que, en el caso del arte urbano –menos, en el grafiti– hay una cierta tendencia de los autores a presentar sus creaciones, no autorizadas ni solicitadas, como *regalos* y mucha gente los aprecia y valora como tales. Pero eso apenas altera los términos del problema de fondo. Pocas personas, entre quienes ven con agrado murales no autorizados sobre propiedades ajenas, mostrarían la misma complacencia si se pintara sobre la fachada de su propia casa, su automóvil u cualquier otro de sus bienes. Como explicaba en una entrevista la muralista Marina Capdevila (Falset, 1985) sobre la base de su propia experiencia: “*a todo el mundo le gusta el arte urbano, el muralismo, etc., excepto cuando a uno le plantean que la fachada de su propia casa sea la que va a ser intervenida. Ahí la cosa cambia.*”⁵⁵.

Como quiera que sea, los conflictos apuntados –en particular el que enfrenta al dueño del soporte con el creador del grafiti u obra de que se trate– no se dirimirán en el terreno de la existencia de los derechos de autor sino en el de su ejercicio. En este ámbito la ponderación de los derechos enfrentados no podrá prescindir de la legislación de propiedad intelectual y, más allá, de las libertades fundamentales de expresión [art. 20.1,a) CE] y creación [art. 20.1,b) CE]⁵⁶. Aunque pueda resultar igualmente molesto para el

55. Entrevista de 16/05/2018, en www.graffica.info.

56. Como ha tenido ocasión de señalar el TC, aunque el segundo puede verse como una manifestación del primero entendido *lato sensu*, en realidad goza de autonomía. Vid. en este sentido el *Caso Jardín de Villa Valeria*, STC 51/2008, de 14 de abril (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-8461): “[...] el texto litigioso [la novela titulada ‘El jardín de Villa Valeria’] constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria. Si bien la demandante y algunas de las resoluciones previas han aludido en algún momento a las libertades de información y de expresión, el hecho de tratarse de un fragmento de una novela que cuenta con diversas ediciones permite encuadrarlo sin ningún género de dudas en este derecho fundamental específico, reconocido en la letra b) del artículo 20.1 CE junto a la producción y creación artística, científica y técnica. Al igual que sucede con estas libertades, hasta el momento no han sido muchos los pronunciamientos de este Tribunal que se han referido específicamente al derecho a la producción y creación literaria. En la mayoría de los mismos nos hemos limitado a señalar la estrecha relación que existe entre tal derecho y la libertad de expresión. Así hemos considerado que la producción y creación literaria constituye una ‘concreción del derecho a expresar libremente pensamientos, ideas y opiniones’ (SSTC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5; y 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5), una ‘jaceta’ de la libertad de expresión (ATC 152/1993, 24 de mayo, FJ 2), o un ‘ámbito’ en que se manifiesta la libertad de pensamiento y expresión (ATC 130/1985, de 27 de febrero, FJ 2), manifestaciones todas ellas que llevan implícita la idea de que la libertad protegida por el artículo 20.1 a) CE no

propietario afectado y el conflicto se resuelva a su favor, desde el punto de vista del Derecho no es lo mismo ensuciar una pared ajena que pintar sobre ella.

Ahora bien ¿y si la ilicitud no se proyecta sobre el proceso creativo o en general los elementos extrínsecos de la obra sino sobre esta en sí misma? ¿Puede haber obras ilícitas *per se*? La respuesta es sin duda afirmativa. Así sucederá, por ejemplo, cuando la creación atente contra el honor, reputación o intimidad de otra persona, incurra en enaltecimiento o incitación al crimen o al terrorismo⁵⁷ o, en algunos países, ofenda gravemente la moral o los sentimientos de los miembros de alguna confesión religiosa⁵⁸. Esta ilicitud, por lo general, no estará tanto en la creación como en la divulgación y, desde este punto de vista, podría considerarse un elemento extrínseco. Pero cuesta poco imaginar obras intrínsecamente ilícitas aunque no se divulguen. Es bastante típico poner como ejemplo las películas pornográficas en las que intervienen menores o aquellas en las que se registra la comisión de un crimen. Pero, aunque pueda repugnar, nada de ello excluye el reconocimiento de derechos de autor si las palabras, dibujos, pinturas, imágenes etc. alcanzan la condición de obra. Otra cosa es que los derechos puedan quedar bloqueados y, si no se ha producido, quepa impedir la divulgación e incluso ordenar la destrucción.

Conviene insistir en que, de acuerdo con el Convenio de Berna, en el sistema legal español los derechos de autor se adquieren por el mero hecho de la creación (art. 1 TRLPI). No hay acto administrativo alguno de concesión ni

es sólo la política, sino también la artística. Pero más allá de este hecho y de forma similar a como se ha reconocido respecto de la libertad de producción y creación científica (STC 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5), la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión” (FJ 5).

57. El art. 578.1 del Código Penal (tras su reforma mediante Ley Orgánica 2/2015), tipifica como delito “*el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares*”. Sobre esta problemática puede verse la reciente sentencia del Tribunal Supremo en el caso del rapero conocido como *Valtonyc*. Las letras de sus canciones, formalmente groseras y de contenido injurioso, le valieron una condena por varios delitos, entre ellos el de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas (STS, 2.ª, 15/02/2018; ECLI: ES:TS:2018:397). El tribunal entendió que la libertad de expresión y de creación artística no excluían el delito. La sentencia, como es natural, no entra en la existencia o no de derechos de propiedad intelectual.
58. El Código Penal español tipifica como delito ciertos actos contrarios a la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos. Así, su art. 525.1 castiga a quienes “[...] *para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican*”. Es sin duda un precepto objetivamente amenazador para la libertad de expresión o, al menos, inquietante.

por tanto control público de la legalidad o moralidad, a diferencia de lo que sucede en materia de patentes⁵⁹, marcas⁶⁰ o diseño industrial⁶¹. Una caricatura podrá castigarse como delito de injurias a la Corona, pero eso no afecta a su condición de obra protegida⁶². El derecho de autor deriva de la ley de propiedad intelectual y en esta no hay restricciones análogas a las que contemplan las señaladas leyes sobre propiedad industrial⁶³.

5. ORIGINALIDAD, MÉRITO Y PROFESIONALIDAD

La única exigencia o requisito de protección, además de la expresión formal, es la originalidad. Esos dos son los ingredientes necesarios del concepto de obra⁶⁴. La originalidad, no obstante, es una noción huidiza. Es fácil de

59. De acuerdo con el art. 5.1 de la Ley 24/2015, de Patentes, no son patentables: “*las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres, sin que pueda considerarse como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria*”.
60. El art. 5.1,f) de la Ley 17/2001, de Marcas, incluye entre las prohibiciones absolutas e impide registrar los signos “*que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres*”. Ello obliga a los tribunales a pronunciarse al respecto. *Vid.*, como ejemplo entre muchos, el caso de la marca “*Fack Ju Göthe*”, que el Tribunal General de la UE había considerado contraria a las “buenas costumbres”. El TJUE fue de otro parecer, pero el debate acerca de si la citada expresión era o no “*moralmente inaceptable*”, ilustra bien el género de problemas de los que el derecho de autor se ha desembarazado.
61. Según el art. 12 de la Ley 20/2003, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, “*no se registrarán los diseños contrarios al orden público o a las buenas costumbres*”.
62. A título de mero ejemplo, puede verse la sentencia de la Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de lo Penal, de 13/11/2007 (ECLI:ES:AN:2007:4623) que condenó a unos caricaturistas, del diario satírico “*El Jueves*”, por un dibujo en el que se ridiculizaba al entonces heredero de la Corona y su esposa en términos que se juzgaron injuriosos y no amparados por la libertad de expresión. Pero los dibujantes ostentan sin duda derechos de autor. Probablemente podrán ejercerlos sin trabas en otros países y, por supuesto, la imagen es fácilmente accesible en Internet.
63. Las únicas creaciones cuya ilegalidad entraña cierto grado de desprotección serían los virus y otros programas creados para dañar sistemas informáticos (*vid.* art. 96.3 LPI). La desprotección tiene por objeto facilitar la desactivación de esos programas. Pero eso no implica la eliminación, de raíz, de los derechos de autor de sus creadores. Eso sólo parece suceder, por razones muy diferentes, en el caso del art. 13 TRLPI (exclusiones), con la cobertura del art. 2.4 del Convenio de Berna.
64. La obra es original o no es obra. La originalidad es un elemento interno, no un *plus* añadido *a posteriori*. Como explica el TJUE en el conocido *Caso Levola* (STJUE de 13/11/2018, C-310/17): “*para que un objeto pueda ser calificado de ‘obra’ en el sentido de la Directiva 2001/29, es preciso que concurren simultáneamente dos requisitos. [...] Por una parte, es necesario que el objeto en cuestión sea original, en el sentido de constituir una creación intelectual propia de su autor [...] Por otra parte, la calificación como ‘obra’, en el sentido de la Directiva 2001/29, se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual*” (pfs. 35 a 37). Y más adelante: “*el concepto de ‘obra’ contemplado en la Directiva 2001/29 implica necesariamente una expresión del objeto de la protección del derecho de autor*”.

adjetivar. Se habla por ejemplo de originalidad *absoluta* y *relativa* para distinguir las obras creadas *ex novo* de las derivadas resultantes de la transformación de otras preexistentes. Asimismo es común referirse a originalidad *alta* o *baja* para aludir aniveles de exigencia, que pueden usarse para marcar distancias entre distintos tipos de creaciones o ser incluso característicos de diferentes tradiciones legislativas. Pero una cosa es adjetivar y clasificar y otra definir. De hecho, una rápida adjetivación es a veces un indicador que delata la dificultad de la definición.

En España es común contraponer las concepciones *subjetiva* y *objetiva*. La jurisprudencia se ha inclinado a veces por esta última, relacionada con la idea de novedad. En este sentido puede verse la sentencia de la sala 1.^a del Tribunal Supremo de 26/4/2017 (ECLI:ES:TS:2017:1644), sobre obra arquitectónica: *“Aunque en ciertas épocas prevaleció la concepción subjetiva de originalidad (y este mismo criterio pueda ser aplicable en principio a algunas obras de características muy especiales como es el caso de los programas de ordenador [...]), actualmente prevalece el criterio de que la originalidad prevista por el art. 10.1 TRLPI exige un cierto grado de altura creativa. Esa concepción objetiva permite destacar el factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra respecto de las preexistentes, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva con aspectos morales y patrimoniales, lo que requiere que la originalidad tenga una relevancia mínima suficiente”* (FD, 9 pfo. 6). Pese a ello, las declaraciones acerca de las tesis subjetivas u objetivas que dicen seguirse, tienen un valor relativo. Hay bastante nominalismo y logomaquia. A menudo no está claro qué se quiere expresar exactamente con esas palabras. Es más operativo atender al caso concreto y guiarse por la idea de que el *quantum* de creatividad exigible no es en general muy alto y de que, en definitiva, lo que importa es la existencia de libertad creativa o, si se prefiere, un espacio suficiente para tomar decisiones formalmente relevantes. Desde el punto de vista dogmático, el marco debe buscarse hoy en el Derecho de la UE.

Las Directivas sobre propiedad intelectual no se han pronunciado de forma general sobre la noción de originalidad. Sólo lo han hecho con referencia a algunos tipos de obras: programas, bases de datos y fotografías. Para los programas de ordenador y las bases de datos se ha optado por hablar de *“creación intelectual propia de su autor”* (art. 1.3 Directiva 2009/24/CE sobre programas) o, simplemente, de *“creación intelectual de su autor”* (art. 3.1 Directiva 96/9/CE, sobre bases de datos). Esa misma fórmula (*“creaciones intelectuales propias del autor”*) se usa también para la obra fotográfica (art. 6.1 de la Directiva 2006/116/CE), aunque en este caso se incluye además una directa referencia a la vieja idea del *“[reflejo de la] personalidad [del autor]”* (Considerando 16). A las tres anteriores Directivas y en la misma línea, ha venido a añadirse la Directiva

que la identifique con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no sea necesariamente permanente” (pfo. 40).

2019/79, de 17/4/2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (DMUD). También en ella se recurre a la expresión “*creación intelectual de su autor*”, más subjetiva que objetiva si se quieren usar esas etiquetas (art. 4)⁶⁵.

Esa aproximación fragmentaria o parcial de las Directivas ha sido integrada por la jurisprudencia. El Tribunal de Justicia (TJUE) se ha visto obligado a pronunciarse al respecto pues el concepto de obra es presupuesto necesario de no pocas controversias sobre los derechos de reproducción, comunicación al público y distribución (*vid.* arts. 2 a 4 de la Directiva 2001/29, de la Sociedad de la Información, DSI). Aún sin definirse, la noción de obra –y por tanto de originalidad– está presente en esa y otras Directivas y, en la medida en que no hay remisión a la legislación nacional de los Estados miembros, constituye un concepto autónomo de Derecho de la Unión sujeto a la interpretación uniforme del Tribunal. Sin perjuicio de las que han venido después, hay dos sentencias que constituyen referente obligado en esta materia. Se trata de los conocidos casos *Infopaq* (16/7/2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465) y *Painer* (1/12/2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798).

En la primera sentencia (*Infopaq*), el Tribunal explica que las partes de una obra están tan protegidas como la propia obra pues “*no puede descartarse que determinadas frases sueltas, o incluso algún elemento de las frases que integran el texto de que se trate, puedan transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación, como un artículo de prensa, haciéndolo partícipe de un elemento que condensa la expresión de la creación intelectual única del autor*” (pfo. 47). Por tal razón, no es imposible que una frase de once palabras pueda gozar de protección. Pero sólo “*si el citado extracto contiene algún elemento capaz de expresar la creación intelectual propia del autor*” (pfo. 48). Nunca en otro caso. Cabría así extraer una parte no protegida de una pintura. Podemos volver al ejemplo de las estrellas o asteriscos de Joan Miró. No todas las estrellas o asteriscos dibujados o trazados por Miró cumplen con el estándar de *Infopaq*. Tomar un asterisco de

65. Con el art. 14DMUD se pone fin al intento de utilizar la propiedad intelectual–derechos de autor o afines– para prolongar artificialmente el control sobre las obras de arte visual que han ingresado en el dominio público. A este objeto se prevé que: “*Los Estados miembros dispondrán que, cuando haya expirado el plazo de protección de una obra de arte visual, cualquier material resultante de un acto de reproducción de dicha obra no esté sujeto a derechos de autor o derechos afines, a menos que dicho acto de reproducción sea ‘original en la medida en que sea una creación intelectual de su autor’*” (énfasis añadido). Sobre las copias, por tanto, a menudo de alta resolución y calidad, no puede haber derechos. Queda a salvo la posibilidad de que esas copias merezcan la condición de obra. Así sucederá probablemente cuando se trate de reproducciones en el mismo medio (el pintor que copia a un clásico) o cuando se trate de fotografías creativas. Sobre esta interesante cuestión puede verse, en el blog de ALADDA, la entrada “*Adenda al caso REM: El art. 14 de la Directiva sobre el Mercado Único Digital. Obras de arte visual en el dominio público*” (30/4/2019).

un cuadro y reproducirlo en otro soporte puede ser tan irrelevante desde el punto de vista de la propiedad intelectual como tomar palabras sueltas de una obra literaria o incluso frases si no cumplen el estándar de *Infopaq*. Y no se trata de que la frase sea característica, sino original que no es lo mismo. Cualquier español con estudios elementales, por ejemplo, identifica la pregunta “¿Quién mató al Comendador?” con *Fuenteovejuna* de Lope de Vega. ¿Pero hay derechos de autor sobre esas cuatro palabras separadas del resto?⁶⁶ Habrá que estar, no obstante, a los casos concretos. Volviendo a las artes visuales, tal como se ha visto en el caso del “*Corazón radiante*” de Keith Haring, la creatividad puede manifestarse en partes o fragmentos de obras. O no. La cabeza sonriente de uno de los peces de *Pez* está tan protegida como el pez entero. Pero quizá no la boca o una aleta.

No es una cuestión cuantitativa sino cualitativa. Así lo destacaba el propio Tribunal de Justicia en el segundo de los casos citados (*Painer*), al señalar que lo que importa es que el autor, en el caso una fotografía, haya podido “*expresar su capacidad creativa al realizar la obra tomando decisiones libres y creativas*” (pfo. 89). La idea clave es “*elegir*” o “*decidir*”, cosa que, en la fotografía, puede hacerse en la fase preparatoria (escenificación, pose de la persona, iluminación), en el momento de la realización (encuadre, enfoque, ambiente creado) e incluso en la fase de revelado (pfo. 91). Al utilizar ese margen de libertad, el autor “*podrá dejar su ‘impronta personal’ en la obra creada*” (pfo. 92). Lo que importa es que se trate de “*una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarlo*” (pfo. 99). Lo mismo vale para cualquier otra creación o lenguaje expresivo⁶⁷.

66. Cabría con todo explorar la posible aplicación analógica del art. 10.2 TRLPI, según el cual “*el título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella*”. Se trataría de extender la noción de título para englobar también algunos fragmentos particularmente significativos desde el punto de vista de la identificación de la obra. “*En un lugar de la Mancha*” no es el título del *Quijote* (“*El Ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*”) y, sin embargo, todo el mundo identifica la obra con esas palabras. Lo mismo sucede con el famoso “*I would prefer not to*” de “*Bartleby the scrivener*” y con muchísimas otras frases y obras. “*To be or not to be*”, por ejemplo.

67. Sin ánimo de exhaustividad, la afirmación de que, para la originalidad, es necesario y suficiente que la expresión creativa refleje la personalidad de su autor, manifestando sus decisiones libres y creativas, puede encontrarse asimismo en las sentencias de los casos *Brompton* (STJUE 11/6/2020 C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461, pfo. 23), *Cofemel* (STJUE 12/9/2019, C-683/17, ECLI: EU:C:2019:721, pfo. 30) y *Renckhoff o Córdoba* (STJUE 7/8/2018, C-161/17, EU:C:2018:634, pfo. 14). La doctrina del TJUE, como es lógico, viene recogida en la jurisprudencia española. Resulta interesante, también porque cabe que haya pronunciamiento del TS, la sentencia de la Audiencia de Barcelona, sec. 15, 6/3/2020 (Caso *Farola Latina* ECLI: ES:APB:2020:2644). Tanto la argumentación de la mayoría como el voto discrepante incluyen interesantes apreciaciones acerca de la noción de originalidad, remitiendo a la doctrina del TJUE, aunque ello no impide la divergencia. Se coincide en la invocación no en la lectura y aplicación. Vid. un comentario en el blog de ALADDA: <http://aladda.es/>

A la vista de la doctrina del TJUE y de la propia jurisprudencia española, es claro que muchos grafitis y creaciones de arte urbano verán reconocida su condición de obra de carácter plástico o visual. Pero no puede darse una respuesta general. Habrá dudas que deberán resolverse caso por caso. Así sucederá en particular con los *tags* o firmas, que podrían quedar fuera del ámbito de protección por su sencillez formal. Es cierto que, en general, la altura creativa exigible no es mucha y, por tanto, será fácil que una forma mínimamente elaborada llegue a ser objeto de derechos de autor. Sin embargo, por lo general, la firma no es más que el nombre de la persona expresada con su caligrafía y una sencilla rúbrica. ¿Ostentan todas las personas derechos de autor sobre las decenas o centenares de firmas que estampan en múltiples documentos cada año? La firma, de alguna manera, refleja la personalidad y, al parecer, los calígrafos pueden distinguir las auténticas de las falsas. Pero una cosa es la impronta de la personalidad creativa y otra los rasgos o caracteres de un sujeto.

Los propios artistas –o sus herederos– sabedores de la dificultad que entraña el reconocimiento de derechos de autor sobre la firma optan sensatamente por registrarlas como marca, cuando lo consideran necesario⁶⁸. La particular caligrafía y la ejecución personal podrán tener algún valor. Pero no bastan para asegurar que el resultado sea una obra. Nótese que la Directiva 2004/81/CE, sobre el derecho de participación de los artistas plásticos, deja al margen los manuscritos⁶⁹. La cuestión no está exenta de polémica y, de hecho, se dio libertad a los Estados en esta cuestión. En España, no obstante, se optó sensatamente por la negativa, sin perjuicio de la posibilidad de que en alguna ocasión puedan tener la condición de obra plástica o visual, como sucede con los caligramas⁷⁰. Ese podría ser el caso de algunos “*tags*” o, más fácilmente, “*throw ups*”, esas firmas o composiciones en tipografía redondeada, de grandes dimensiones y con un relleno de color.

La problemática de los “*tags*” y “*throw ups*”, firmas o etiquetas progresivamente depuradas por los grafiteros hasta dar con su propio estilo, puede relacionarse también con la cuestión de la protección de la tipografía. España no ha suscrito el Acuerdo de Viena de 1973⁷¹, cuyo artículo 7 condiciona la

caso-farola-latina-sentencia-de-la-ap-de-barcelona-secc-15a-de-6-de-marzo-de-2020-sap-b-2644-2020-ecli-esapb20202644/.

68. Vid. la sentencia del Juzgado Mercantil 3 de Barcelona de 12/6/2012, con referencia a la firma de Salvador Dalí que, en efecto, está registrada como marca (ECLI:ES:JMB:2012:51).

69. De acuerdo con el Considerando 19, la armonización “*no se aplica a los manuscritos originales de escritores y compositores*”.

70. Según el Diccionario de la Real Academia, un caligrama es un “*escrito, por lo general poético, cuya disposición tipográfica esboza figuras alusivas al tema tratado*”.

71. Vienna Agreement for the Protection of Type Faces and their International Deposit, Viena 12/6/1973, disponible en la web de OMPI (“other treaties”: <https://www.wipo.int/>)

protección de la tipografía a los requisitos alternativos o cumulativos de “novedad” u “originalidad”, que “*se determinarán en relación con su estilo o apariencia general, teniendo en cuenta, si fuera necesario, los criterios admitidos en el sector*” (t.d.a.). Pero las creaciones tipográficas pueden protegerse como diseño si cumplen las exigencias de “novedad” y “singularidad”⁷². La posible aplicación del derecho de autor es más controvertida y en principio deberá rechazarse, aunque en alguna ocasión se ha reconocido. Cabe mencionar en este sentido la sentencia de la AP de Madrid, sec. 28, 16/9/2013 (*Caso Tipografía Scalextric*, ECLI:ES:APM:2013:13453)⁷³. La única referencia a la tipografía en la ley de propiedad intelectual se encuentra en el art. 129.2 TRLPI, en el que se reconocen a los “*editores de obras no protegidas por las disposiciones del Libro I*” derechos afines sobre las ediciones “*siempre que puedan ser individualizadas por su ‘composición tipográfica’, presentación y demás características editoriales*”. La norma, sin embargo, es inaplicable al caso que nos interesa. Ni el sujeto, ni el objeto ni los objetivos tienen nada que ver con él. En definitiva, pese a la prevención inicial, tratándose de “tags”, firmas, “throw-ups” y otras variantes habrá que proceder, como siempre, a un análisis caso por caso para determinar si hay o no originalidad en la expresión visual⁷⁴.

Con independencia de la valoración que merezca la expresión plástica, cabe plantearse también si, en algún caso, lo escrito sobre una puerta, un muro o una acera podría protegerse como obra literaria. Habrá que estar a los criterios generales. Una obra literaria no deja de serlo por el soporte utilizado, ya sea un papel, un bloque de mármol o una pared de ladrillos. En tal caso, la reproducción no autorizada del texto, en cualquier forma o tipografía,

treaties/en/other_treaties.html). Su entrada en vigor aún está a la espera de obtener el número suficientes de ratificaciones, pero entre los firmantes ya están Francia, Alemania, Italia y el Reino Unido. El art. 112-2 del Código francés de Propiedad Intelectual (disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/sub/codes>) incluye una expresa referencia a las obras tipográficas. Vid. asimismo secs. 54 y 55 (*Typefaces*) de la *Copyright, Designs and Patent Act* de 1988 del Reino Unido (CDPA, disponible en <https://www.legislation.gov.uk/>).

72. Ley 20/2003 de 7 de Julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Vid. art. 1 (objeto de la ley) y, en él, la referencia a “*símbolos gráficos*” y “*caracteres tipográficos*” [núm. 2, b)].
73. Discrepando de la sentencia recurrida, decía la Audiencia que: “*la idea de producir un alfabeto con una grafía que evoque las pistas utilizadas en el juguete al que anteriormente se hizo referencia supone sin duda un determinado grado de capacidad creativa, sin que a la realización concreta en la que se materializó se le conozca parangón. Por ello, no descubrimos motivo para negar a la creación del apelante el carácter de objeto de propiedad intelectual*” (FD 2, pfo. 10). La sentencia no incluye imágenes. La demanda del creador de la tipografía se desestimó, pero no por negar los derechos de autor sino porque se entendió que el uso había sido autorizado (“*cabría deducir que la utilización de la tipografía ideada por el Sr. [Obdulio] en los anuncios controvertidos no fue incontestada*”, FD 3, pfo. 15).
74. En este mismo sentido, Julián LÓPEZ RICHART, “*Y el vandalismo se hizo arte...*”, cit. pp. 57 y 58.

podría ser constitutiva de infracción. Frases simples son bastante frecuentes en muros e incluso aceras y suelos. Normalmente se trata de ideas comunes expresadas en fórmulas banales y carentes de originalidad expresiva. Buena parte de la actividad publicitaria se basa en ellas, lo que no significa que –en su contexto– no sean ingeniosas. Pero el derecho de autor no retribuye todas las muestras de ingenio. *Think different, Just do it!, Impossible is nothing, What else?* ...son expresiones conocidas, pero no obras en el sentido de la ley de propiedad intelectual. Se dice que, en las cercanías del aeropuerto de Montevideo, durante una etapa convulsa de la historia de Uruguay, alguien escribió la frase “*el último en salir que apague la luz*”. La idea de escribir esa frase, de uso corriente, en ese lugar y contexto muestra ingenio y lanza un potente mensaje. Lo mismo sucede con el famoso *stencil* “*Copyright is for losers*” de Banksy. Pero no por ello habría que reconocer derechos de autor sobre la frase a quien la concibió y escribió⁷⁵.

Como quiera que sea, una vez más, habrá que remitir –y resignarse– al análisis casuístico. En esta tesitura, es innegable que la brevedad reduce considerablemente la libertad del creador. Pero no la excluye. Así nos lo recuerdan el ya mencionado caso *Infopaq* y el mismo hecho de que se acepte la posible originalidad de los títulos de las obras, por definición siempre breves (art. 10.2 TRLPI). Tampoco es irrelevante, siempre en el caso español, el hecho de que el legislador haya considerado necesario limitar la propiedad intelectual para permitir a los agregadores de noticias la utilización de “*fragmentos no significativos*” (arts. 32.2 TRLPI), así como, a otros sujetos, de “*pequeños fragmentos*” con fines educativos (art. 32.3 LPI). Si esos “*fragmentos*” y “*pequeños fragmentos*” no gozaran de protección, no sería necesario límite alguno.

75. Hay por supuesto espacio para el debate. El Tribunal Supremo francés (*Chambre civ.*, 1), en sentencia de 13/11/2008, admitió que una palabra escrita en un lugar determinado podía merecer la consideración de obra (*Caso Paradis*, disponible en abierto en www.legifrance.com). Explicaba el tribunal francés que la obra no consistía en la simple reproducción del término “*Paradis*” sino en su colocación en letras doradas, con efecto de pátina y con un “grafismo particular” (en realidad una mera imitación de la tipografía típica de los grandes edificios públicos) sobre una vieja puerta ubicada en un hospital psiquiátrico. Concretamente, la que conducía a los lavabos del dormitorio de los pacientes alcohólicos. La puerta, con cerradura en forma de cruz, estaba en un muro decrepito, con desconchados en la pintura. Siempre según el tribunal francés, “*esta combinación de elecciones estéticas traducen la personalidad del autor*”. En otras palabras: el artista, al llevar a cabo una “*aproximación conceptual*” consistente en “*colocar una palabra en un lugar particular alterando su sentido común*” se ha expresado formalmente en “*una realización material original*”. Sin duda una doctrina muy generosa con el arte conceptual y con cualquiera que plasme alguna idea ingeniosa en el lugar adecuado. ¿Por qué no escribir “*De Madrid al Cielo*” en letras doradas en la puerta de un tanatorio? ¿Y si se escribiera “*lasciate ogni speranza voich'entrate*” sobre la puerta que da acceso a la *Cour de Cassation*? (la sentencia mencionada puede consultarse en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_11964.html).

Interesa referirse finalmente a dos conceptos que, de forma indebida, interfieren en la originalidad. Uno de ellos, objetivo, va referido a la propia obra: el mérito. El segundo, subjetivo, se centra en la persona del autor: la profesionalidad e incluso la fama. Ninguna de esas circunstancias debería tenerse en cuenta pero a menudo se intuye su presencia en las resoluciones judiciales. No es raro encontrar referencias al valor artístico de los grafitis o a la profesionalidad de su autor⁷⁶. Contra este género de apreciaciones hay que recordar que el mérito puede justificar un particular tratamiento o protección, pero no desde el punto de vista de la propiedad intelectual. Y otro tanto hay que decir de la profesionalidad o la fama. La condición de autor no es un estado civil. Alguien puede tener como profesión una actividad artística. Pero sólo será autor cuando cree una obra y cada vez que lo haga. Es probable que la sociedad o algunas personas concedan valor a una línea recta o un círculo trazado a compás sobre un papel por un artista famoso, si se puede probar que fue él quien lo hizo. Pero eso es simple fetichismo, del todo ajeno a la propiedad intelectual.

III. AUTORÍA INDIVIDUAL Y CONJUNTA. LA PROBLEMÁTICA DEL ANONIMATO

1. AUTORÍA INDIVIDUAL, PLURALIDAD DE INTERVINIENTES, PLURIAUTORÍA Y COAUTORÍA

Aunque el referente mental inmediato suele ser el artista o creador individual, muchas obras, también visuales, son resultado de la cooperación de varias personas. Ello añade mayor complejidad a su tratamiento legal. Ante todo, hay que poner orden en esa pluralidad. A este efecto, puede ser útil recurrir a dos distinciones clásicas. De un lado, la establecida entre esfuerzo, habilidad y creatividad. De otro, la que separa concepción y ejecución. No son distinciones inmunes a la crítica, en particular la segunda, pero mantienen su utilidad.

Sabemos que el esfuerzo (simple sudor) se paga con un salario, no con derechos de autor. Lo mismo sucede con la habilidad o competencia técnica, retribuida con honorarios, si se quiere usar otro término. Quienes funden una estatua deben tener esa habilidad o competencia, pero no por ello se les

76. Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 6, de 31/1/2002 (ECLI: ES:APBI:2002:344), en la que se explica que el denunciado “*manifiesta y acredita ser estudiante de Bellas Artes, y que ejecuta los ‘graffitis’ con cierta asiduidad como corolario de su iniciativa artística*”. Hay que señalar, no obstante, que en este caso el argumento no iba dirigido a justificar que el grafiti fuera objeto de propiedad intelectual (asunto en el que la sentencia no entra) sino a exculpar a su autor en un proceso penal en el que se le imputaba una “falta de deslucimiento”.

reconoce como coautores de la escultura resultante. Tampoco ostenta derechos de autor el arquitecto director de la ejecución de un edificio si no ha intervenido en el proyecto ni ha añadido nada en la fase que ha dirigido. Es más, ni siquiera la intervención en el proyecto le asegura la condición de coautor si su aportación no es creativa⁷⁷. Ciertamente, su trabajo requiere una alta competencia técnica. Pero poder decir con razón “*esto no lo hace cualquiera*” no es un título para la adquisición de derechos de propiedad intelectual. Está claro que las tres cosas –esfuerzo, competencia y creatividad– pueden darse juntas, y es normal –aunque no obligado– que así sea. Un mural ejecutado por un solo artista será el resultado de su esfuerzo, habilidad y creatividad. Pero nada impide un reparto de funciones, tal como la Audiencia Provincial de Baleares entendió que había sucedido en el conocido *Caso Barceló*⁷⁸. Ese

77. Puede verse la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Civil, de 26/4/2017 (ECLI:ES:TS:2017:1644), ya citada a propósito de la noción de originalidad. En el caso se trataba de un litigio entre arquitectos. Uno de ellos pretendía que se le reconociera la condición de coautor, negada por los demandados. El Tribunal acogió las razones de estos últimos, con la siguiente argumentación: “*En la elaboración de un proyecto arquitectónico pueden intervenir colaboradores, incluso con una cualificación técnica muy elevada (piénsese, por ejemplo, en el cálculo de estructuras), pero si su aportación no reúne el requisito de la originalidad, en el sentido que se ha expuesto, tales intervinientes tendrán los derechos derivados de la relación contractual que le una con el promotor de la obra o con los demás arquitectos y profesionales intervinientes en el proyecto, pero no podrán ser considerados como autores protegidos por la normativa reguladora de la propiedad intelectual. [//] No basta, por tanto, con que el demandante haya participado materialmente en la elaboración del proyecto arquitectónico para ser considerado coautor de una obra colectiva. Es preciso un grado suficiente de originalidad en su aportación al proyecto, y no consta que se haya producido una aportación de esas características*” (FD 9.º, pfo. 7).
78. Sentencia de la AP de Baleares, sec. 5, de 22/1/2008, ECLI:ES:APIB:2008:106. Resuelve el conflicto entre un alfarero (Jerònim Ginard) y un artista mallorquín conocido sobre todo como pintor (Miquel Barceló). Ginard sostenía que unas piezas de cerámica exhibidas como exclusivas de Barceló eran en realidad obras en colaboración. La sentencia rechaza esta pretensión poniendo el acento en la frontera entre competencia u oficio (Ginard) y creación (Barceló). Estos son en lo esencial sus argumentos: “*Como punto de partida no se pone en duda de que el trabajo del actor exige una especial pericia técnica, pero en atención a la aludida prueba pericial, debe calificarse como más relevante la fase del moldeado definitivo y el pintado de la masa de cerámica, en la cual radica su originalidad [...] dicho trabajo artesano exige una pericia técnica que es predicable en principio de cualquier ceramista con profundo conocimiento de su ‘lex artis’; pero el moldeado definitivo y aplicación de la pintura es exclusivo del pintor demandado, que lleva su impronta y personalidad artística, de modo que únicamente puede ser realizado por dicha persona, en lo que el perito denomina ‘rasgos propios del universo de Barceló’ [...] Ciertamente, sin el moldeado previo y la cocción por una persona entendida dicha obra no existiría en su estado final, pero la autoría se aprecia en lo que hemos denominado el moldeado definitivo y la pintura del mismo [...] La aportación material del demandante, sin negar su exigencia de una gran pericia técnica, se estima que carece de entidad bastante para considerarle como coautor*” (FD 5.º). De nuevo, como en el ya citado *Caso Kukuxumusu* (SAP Navarra, sec. 3, 15/10/2019, ECLI:ES:APNA:2019:941), aparece la expresión “*universo*”. Sin disponer de las imágenes y demás material no cabe sino aceptar el criterio judicial, ampliamente basado en las opiniones de los expertos propuestos por el famoso demandado.

reparto de funciones es también posible en el arte de la calle o arte público. Como en todas las épocas, un creador puede valerse de ayudantes. Lo que importa es determinar la naturaleza de su aportación. Por ejemplo, un grafitero –de hecho cualquiera– puede descargarse de Internet la plantilla y las instrucciones de los famosos *stencils* “OBEY” y “*Andre the Giant*” de Shepard Fairey (Charleston, EE.UU., 1970), reproducidos *ad infinitum* en las calles de ciudades de todo el mundo. Pero plasmar la imagen en la pared sólo requiere una habilidad ínfima (sostener la plantilla con una mano y, con la otra, manejar el aerosol) y, desde luego, ninguna creatividad⁷⁹. El único autor, si lo hay, sigue siendo Shepard Fairey, los demás son sólo obreros voluntarios⁸⁰.

La segunda distinción para organizar al conjunto de personas que puede haber intervenido en la realización de una obra visual es la que separa la concepción (que se situaría más bien en el mundo ideal o, al menos, intangible) y la ejecución (perteneciente al mundo material o tangible). Se manifiesta aquí una de las peculiaridades de la obra plástica. Durante mucho tiempo se ha podido decir que en las obras literarias y musicales lo que importa es sobre todo la concepción. Se trata de obras que pueden *dictarse* a otra persona que no aportaría nada más que su competencia como *escribiente*. En el caso de las obras plásticas, en cambio, la concepción y la ejecución no podrían separarse. En España sigue siendo común elogiar a este propósito la definición del viejo –y parcialmente vigente– Reglamento de la ya derogada Ley de Propiedad

79. Salvo si alguien, por ejemplo, fija el “*stencil*” “OBEY” sobre las puertas de la Basílica de San Pedro del Vaticano y, mientras corre perseguido por la Guardia Suiza, se acoge al amparo del Tribunal Supremo francés y su doctrina del *Caso Paradis*.

80. <https://obeygiant.com/engineering/downloads/>. Puede verse a este propósito el *Caso Homenaje a Dieter Otto*, Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 4, 7/6/2005, ECLI:ES:APMA:2005:3070. La demandante había realizado un boceto que debía traducirse en un mural formado por placas de fibrocemento instaladas en un muro medianero. La obra, encargada por el Ayuntamiento de Fuengirola, formaba parte del *Plan Especial de Ornato y Museo Abierto de la Ciudad* y fue ejecutada por obreros municipales, de acuerdo con el boceto. Tiempo después la obra fue retirada y sufrió daños. Ante la demanda de la artista el Ayuntamiento alegó, entre otras cosas, que la ejecución del mural “*no lleva aparejado ningún proceso artístico o creativo*”. Ciertamente, así es. Pero era un grave error pretender que la única obra era el boceto y no –también– el mural. La sentencia no lo cometió y se manifestó, acertadamente, en los siguientes términos: “*Aun cuando es cierto que la obra de autos no consiste en un mural propiamente dicho, entendido en el sentido de pintura hecha o aplicada directamente sobre un muro, sino que estamos ante una obra que, plasmada inicialmente en un boceto, es destinada a ser trasladada a un soporte definitivo, en este caso un módulo integrado por paneles de fibrocemento colocado sobre un muro exterior de un edificio, también lo es que el producto resultante es, sin duda alguna, una creación artística, original, concebida por su autor para su plasmación en un soporte tangible y perceptible, que en este caso no se limita al boceto, sino al panel colocado en el muro medianero. Sin que sea trascendental, a los efectos de la consideración del mural de litis como una obra artística, la circunstancia de que en el proceso de creación de la obra hayan tenido participación terceras personas, como meros ejecutores materiales*” (FD 3).

Intelectual de 1879⁸¹. Según su art. 2 “*se considerará autor, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, al que concibe y realiza alguna obra científica o literaria, o crea y ejecuta alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales*”. El autor de la obra plástica o visual no sólo ha de crearla sino también “ejecutarla”.

Sin embargo, es un enfoque inadecuado en la medida en que no vale para todos los casos. Basta pensar en el proyecto de un edificio o en el de tantas obras monumentales. Incluso en el campo de la creación más tradicional, la posibilidad de que sea coautor de una escultura quien no ha intervenido materialmente en su realización, se admitió ya hace años en el conocido *Caso Renoir-Guinó*. En aquella ocasión, paradójicamente, fue el escultor catalán Ricard Guinó (1890–1973), discípulo de Aristide Maillol (1861–1944), quien tuvo que luchar para que se le reconociera como coautor de unas esculturas realizadas sólo por él pero comercializadas con el único nombre de Auguste Renoir (1841–1919). En lo que interesa, se aceptó que la aportación de Renoir –básicamente palabras– bastaba para hacerle coautor de las esculturas⁸². Una vez se admite que se puede *dictar*, siquiera parcialmente, una escultura tradicional, no parece que deba haber grandes obstáculos para *dictar* un grafiti u otras obras de arte de la calle o arte público. Por tanto puede haber coautoría entre alguien que ha saltado vallas, se ha arriesgado a ser detenido y se ha manchado las manos de pintura y alguien que no se ha movido de su casa. Incluso cabe que, sin esfuerzo ni riesgo, haya que considerar a este último autor único, tal como hemos visto con el ejemplo de *Shepard Fairey*.

En el grafiti y el arte urbano, como se ve, es bastante común que lo contemplado por el público sea resultado de la actividad creativa de una pluralidad de personas. Ahora bien, interesa no confundir pluralidad de obras con pluralidad. Lo objetivo con lo subjetivo. Un muro repleto de grafiti no es necesariamente un caso de cooperación. A menudo se trata de la simple acumulación o superposición de creaciones individuales, al mismo nivel o estratificadas por capas, sin conexión entre ellas. Se trataría de la situación a la que se refiere el art. 9.2 TRLPI, según el cual: “*la obra que constituya creación autónoma se considerará independiente, aunque se publique conjuntamente con otras*”. En los muros de las ciudades se amontonan así muchas “*creaciones autónomas*” que, como se suele decir, están *juntas pero no revueltas*. Y eso puede suceder incluso cuando

81. Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual.

82. Cour de Cassation, France, sentencias de 13/11/1973 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006991012&fastReqId=131682267&fastPos=2>) y de 20/11/2001 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007434092&fastReqId=1571326929&fastPos=1>). Sobre esta sentencia, como en la española del *Caso Barceló*, se cierne la sombra del peso de la fama. Pero al menos Guinó vio reconocida su coautoría.

ha habido coincidencia espacial y temporal en su realización. No es lo mismo *ir a pintar juntos* una obra que *ir juntos a pintar* lo que a cada cual le venga en gana, como hacen algunos grupos de grafiteros, con frecuencia sólo para dificultar ser *cazados* y sancionados⁸³. La cooperación artística y el tumulto para escabullirse con más facilidad son cosas diferentes. En este último caso habrá que considerar, a todos los efectos, que nos hallamos ante obras independientes, en la medida, claro está, en que rebasen el umbral de originalidad.

La situación, en cambio, es diferente cuando alguien añade su creación a una precedente con la pretensión de completarla o modificarla. En este caso estaríamos entrando ya en el dominio de la pluriautoría. Lo que el público ve después de las sucesivas intervenciones es una obra única, en la que están presentes varios autores que, sin embargo, no han colaborado entre sí. La situación sería parecida a la que se da en literatura cuando alguien acaba una obra incompleta o lleva a cabo una traducción a otro idioma⁸⁴. En esos casos, la legislación española habla de *obra compuesta* (subjettivamente *compuesta* y objetivamente *derivada*). Lo esencial es que entre los autores no haya habido colaboración, algo que sucede a menudo en el arte urbano (art. 9.1 TRLPI)⁸⁵. De acuerdo con la ley, el segundo y sucesivos autores deberían contar con la autorización de los precedentes. No hay constancia, sin embargo, de litigios al respecto, al menos en sede judicial. Quizá porque se supone existente una suerte de consentimiento tácito o porque las eventuales sanciones sólo son *tribales*, esto es, las que decreta el propio colectivo.

La otra gran opción para organizar la pluralidad de autores es la *obra en colaboración*. En ella ya se puede hablar propiamente de *coautoría*. En este caso la creación responde a una inspiración u objetivo común. Cumpliéndose esta exigencia, cabe incluso la actuación o actividad sucesiva. La obra en colaboración se contempla en el art. 7 TRLPI. No se da propiamente una definición, aunque la obra se presenta como un “*resultado unitario*” y se atribuyen los derechos al conjunto de los colaboradores en la proporción que pacten y, en su defecto, por partes iguales. Es importante evitar el error de pensar que el carácter “*unitario*” es incompatible con la separabilidad de los elementos.

83. A ese pequeño juego de palabras (diferencia entre “*ir a pintar juntos*” e “*ir juntos a pintar*”) se acogía un menor condenado como autor de un delito leve de daños por haber realizado pintadas en un vagón de tren (por cierto, ya pintado por otros antes y estacionado en cocheras para su limpieza). El argumento habría sido de interés desde el punto de vista del derecho de autor, pero no sirvió de mucho desde el punto de vista penal (*vid.* sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1, de 17/5/2016 ECLI:ES:APSS:2016:370).

84. Sólo parecida por cuanto, al tratarse de obras plásticas, la nueva creación, si no es pura adición, puede dañar o destruir la precedente.

85. Artículo 9.1 TRLPI: “*Se considerará obra compuesta la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización*”.

Cabe que las aportaciones de los diferentes coautores sean indistinguibles e inseparables. Pero también cabe que no sea así y no por ello la obra dejará de ser en colaboración. Esta es la razón por la cual el art. 7.3 TRLPI se cuida de dejar claro que “*a reserva de lo pactado entre los coautores de la obra en colaboración, éstos podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común*”. De este modo, si un mural urbano ha sido realizado en colaboración, la única forma de oponerse a la explotación independiente de las partes separables pasa por el pacto previo o bien por demostrar que causa un perjuicio a la explotación común, cosa menos obvia de lo que podría pensarse a primera vista.

En la legislación española, la noción de colaboración es amplia y flexible. Podría decirse que *hospitalaria* o acogedora. Debe serlo pues es la forma organizativa por defecto de la coautoría. No obstante, hay algunos límites. Entre ellos la muerte: no se colabora con los muertos. Para explicar la presencia de los difuntos en una obra, al lado de personas vivas, hay que acudir al esquema de la *obra compuesta* (art. 9 TRLPI); o bien –si es posible– a otra forma de coautoría que sí permite salvar la frontera de la muerte: la *obra colectiva*⁸⁶. Esta categoría viene definida en el art. 8 LPI. También se define su régimen de derechos, que es lo que la hace tan polémica como atractiva⁸⁷. Se trata de una obra creada por autores que actúan bajo la dirección y autoridad de otra persona, natural o jurídica. Es ésta la que puede decidir sobre la inclusión o no de las diversas aportaciones que, no obstante, han de haber sido concebidas para la obra colectiva. La afirmación legal acerca de la *fusión* de las aportaciones en una “*creación única y autónoma*” es tan equívoca como la referencia al “*carácter unitario*” de la obra en colaboración. Contra lo que acaso cabría pensar, las aportaciones pueden ser no sólo distinguibles sino incluso separables y susceptibles de explotación independiente en las mismas condiciones previstas

86. Así se entendió en el *Caso de la Sagrada Familia*. El famoso templo expiatorio fue objeto de un interesante –incluso apasionante– litigio en fechas relativamente recientes. ¿Quién es el autor de la Sagrada Familia? Arquitectónica y artísticamente parece haber acuerdo en que se trata de una obra de Antoni Gaudí (Reus/Riudoms, 1852 – Barcelona, 1926). Sin embargo, jurídicamente la cuestión no es tan simple. Así lo entendió la Audiencia Provincial de Barcelona que declaró que *La Sagrada Familia* es una *obra colectiva*, cuyos derechos de autor ostenta una fundación (*Fundación Obra Pía de la Sagrada Familia*). Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 15, de 28/3/2006, ECLI:ES:APB:2006:3390.

87. Artículo 8 TRLPI: “*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 derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre*”.

para la obra en colaboración⁸⁸. Los creadores son autores y ostentan derechos sobre sus propias aportaciones pero, a diferencia de lo que sucede con la obra en colaboración, carecen de derecho alguno sobre la obra colectiva, que ostentará, desde su creación, la persona que la “edita” y “divulga”⁸⁹. El hecho de que pueda tratarse de una persona jurídica lleva a que parte de la doctrina considere el art. 8 TRLPI como una excepción a la regla según la cual es autor la “*persona natural que crea alguna obra*” (art. 5.1 TRLPI).

La categoría de la obra colectiva se pensó en su día para periódicos y enciclopedias, pero hoy es común en otros sectores como, por ejemplo, programas de ordenador y videojuegos. Aunque sea inusual, nada impide aplicarla también las artes plásticas o visuales. De hecho, esa sería quizá la calificación más adecuada para no pocas de las clásicas obras *de taller* realizadas por el maestro y sus discípulos. Rubens (Siegen, 1577 – Amberes, 1640), sería un buen ejemplo. Pero no hace falta remontarse tan atrás en el tiempo ni alejarse del arte de la calle o arte público. Es probable que algunos de los grandes murales o conjuntos artísticos que adornan o afean nuestras calles se ajusten por su forma de realización –que es lo que cuenta– al esquema de la obra colectiva. En algún momento, en este artículo, se ha aludido a los murales en escuelas pintados por los alumnos. Puede que actúen por propia iniciativa y en régimen de colaboración. Pero con frecuencia lo hacen bajo la iniciativa y dirección de un profesor, que organiza el trabajo y decide sobre las aportaciones. En ese caso se tratará de obras colectivas en el sentido del art. 8 TRLPI.

2. ANONIMATO

La creación es un hecho y, como tal, vive en el mundo de lo que debe probarse. Raramente podremos decir que sabemos con certeza quién es el autor de una obra. Habría que asistir al acto de la creación y, aun entonces, podríamos tener dudas (¿estamos ante un autor o ante una persona de memoria prodigiosa que reproduce ante nosotros la obra creada por otro?). Incluso con referencia a las propias creaciones existiría el riesgo –dicen– de criptomnesia

88. Así lo muestra uno de los ejemplos históricos de obra colectiva: las enciclopedias. Las diferentes voces o entradas pueden estar firmadas y cabe la explotación autónoma, a reserva de lo pactado y de un eventual daño a la explotación común. Lo mismo sucede con los artículos publicados en los periódicos, otro ejemplo clásico.

89. Interesa aclarar que “editar” tiene en el art. 8 TRLPI un significado propio, como ha tenido ocasión de destacar el Tribunal Supremo: “*En este caso, con el término ‘editar’ la ley no se está refiriendo al editor que es parte en un contrato de edición, es decir, aquel que asume la obligación de reproducir y distribuir la obra por su cuenta y riesgo, sino que se refiere al encargado, por sí o por las personas que de él dependen, de ensamblar las distintas aportaciones individuales para conseguir la creación única y autónoma en que consiste la obra colectiva*” (FD 9 pfo. 1, Sentencia del Tribunal Supremo de 5/5/2016, ECLI:ES:TS:2016:1902, *Caso Atrium*).

o plagio inconsciente. Por ello la ley viene en nuestra ayuda con una razonable presunción: “*Se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique*”. Es una presunción *iuris tantum* que, en principio, nos permite confiar en lo consta en la portada de los libros, discos etc. ¿Pero qué sucede si la obra no contiene ningún elemento de identificación?...

Como es lógico, la condición de autor no está reñida con el anonimato. Este es frecuente y, en rigor, no hace sino confirmar nuestra noción de autoría. La obra, para nosotros, no es el resultado de una creación gregaria o tribal (como sucede con el folclore) sino el resultado de la capacidad creativa de uno o varios seres humanos. De hecho, no hay invocación más potente del autor que el rótulo que, en un museo, nos indica que estamos ante una obra anónima. Nada como ese grito, entre desesperado y resignado, para sintetizar nuestra concepción de la creación y la autoría. El anonimato es una situación tan conocida que la ley ha tenido que ocuparse de ella para decirnos que “*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*” (art. 6.2 TRLPI). La norma parece resolver todos los problemas. Garantiza el derecho moral del autor a determinar si la divulgación “*ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente*” (art. 14.2.º TRLPI), al tiempo que facilita que la obra pueda ser explotada y, en su caso, defendida. Sin embargo, esa regla, que funciona bien en el caso de la literatura o la música, puede no servir para el arte de la calle, sea grafiti o arte urbano.

Cuando se trata de una obra literaria, por ejemplo, el editor tendrá un doble título para accionar en caso de infracción. Podrá presentarse como titular derivativo de los derechos cedidos por el autor y, con independencia de ello, podrá esgrimir la legitimación fiduciaria que la voluntad de aquel más el art. 6.2 TRLPI proporcionan a quien divulga lícitamente la obra. Al editor que no quiere exhibir el contrato de edición para preservar el anonimato del autor, le bastará probar el hecho de la divulgación, pudiéndose presumir que cuenta con el consentimiento de este, salvo prueba en contra. Lo mismo podrá hacer un galerista en el caso de las tradicionales obras de pintura o escultura. Le bastará probar la exposición por primera vez de las obras que el autor haya querido divulgar de forma anónima, para poder ejercitar los derechos de propiedad intelectual sobre ellas. Incluso en el caso de las obras en la vía pública cabría imaginar una divulgación lícita anónima o seudónima en el marco contractual tradicional. Basta pensar en la colocación de una escultura en la vía pública por parte de la administración comitente. También, aunque sería más raro, en un mural encargado por el propietario de un edificio y ejecutado con

nocturnidad o de forma que no se conozca la identidad del autor. En estas hipótesis podría reconocerse la condición de divulgador a la administración o al propietario del inmueble.

¿Pero qué norma hay que aplicar cuando la obra se ejecuta de manera clandestina, por un autor embozado, sin autorización del propietario del soporte? En este caso, es el propio artista quien lleva a cabo la divulgación. Aunque nadie asista al acto creativo y el público tarde unos minutos o unas horas en llegar, ya se habrá cumplido lo que el art. 4 TRLPI exige: hacer la obra “*accesible por primera vez al público en cualquier forma*”. En ese caso, ¿quién ejercitará los derechos? Por supuesto, el autor podría hacerlo, pero al precio de revelar su identidad. Como dice Julián LÓPEZ RICHART, “*desde un punto de vista práctico, el principal problema que plantea la obra anónima es cómo garantizar la protección de los derechos sobre la misma sin que ello suponga que el autor tenga que salir del anonimato*”⁹⁰. Eso explica que algunos creadores particularmente celosos de su identidad hayan intentado recurrir a la alternativa de la propiedad industrial, registrando sus obras como marcas figurativas. Lo sucedido en el conocido caso “*Flower Thrower*” (“*Lanzador de Flores*”), sin embargo, muestra los límites y complicaciones de esta opción. Aunque el caso no está cerrado, por lo pronto *Banksy* no ha podido utilizar su sociedad instrumental, *Pest Control Office Ltd*, para proteger la citada obra mediante el derecho marcario⁹¹.

Los grafiteros y artistas urbanos pueden querer preservar su anonimato por diversas razones: desde intentar eludir responsabilidades administrativas, penales o civiles hasta mantenerse fieles a cierta concepción de la creación y la autoría, como parece suceder en el caso de *Banksy*⁹². Pero esa voluntad puede propiciar una cierta situación de orfandad⁹³. No es fácil imaginar estrategias

90. “*Y el vandalismo se hizo arte...*, cit”, p. 66. En general, sobre el art. 6 TRLPI y la problemática del anonimato, *vid.* el incisivo y útil análisis de Ángel CARRASCO y Ricardo DEL ESTAL, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Madrid, 2017, pp. 114 y ss.

91. Sobre este caso y la problemática que suscita puede verse, en el blog de la asociación ALADDA, la ya citada entrada “*Banksy, el lanzador de flores (‘Flower Thrower’) y la EUIPO*”. Son varias las cuestiones de interés abordadas. En relación con el anonimato en particular *vid.* pños. 10 a 16. <http://aladda.es/banksy-el-lanzador-de-flores-flower-thrower-y-la-euipo-las-marcas-han-de-usarse-y-el-derecho-de-autor-no-pero-el-anonimato-puede-complicar-las-cosas/>.

92. El anonimato de *Banksy* puede obedecer al deseo de eludir sanciones o demandas. Pero también a motivaciones ideológicas. Estas, con todo, no conducen a la filosofía *antiautoral* de la *creación tribal*. *Banksy* –sea una persona o varias– exhibe una marcada conciencia de autoría. Acaso no le guste el *cómo* de la protección. Pero no parece que esté en contra de su existencia.

93. “Obra anónima”, claro está, no es lo mismo que “obra huérfana”. Pero, en situaciones como las descritas, el anonimato conduce a una análoga situación de falta de interlocutor. Hoy por hoy, no obstante, las obras plásticas y, en concreto, el arte urbano no

jurídicamente eficaces para preservar el anonimato y, al propio tiempo, ejercer una propiedad intelectual que se ostenta por el hecho de la creación aunque no se quiera o incluso se repudie⁹⁴. En principio, como queda dicho, cualquiera que ejerza derechos ajenos se verá obligado a probar que los ha adquirido o tiene facultades representativas o, al menos, que fue él quien divulgó la obra. Las eventuales firmas fingidas (con la consiguiente presunción de autoría a favor de la persona escogida ex. art. 6.1 TRLPI) o los simulacros de divulgación por parte de otros (para que se active la presunción del art. 6.2 TRLPI), pueden dar lugar a más problemas que soluciones. Quizá cabría, al fin, rendirse a las prácticas del sector y aceptar una designación de autoría también anónima. Eso es al menos lo que parece suceder en el caso de *Banksy*, que asume y proclama la autoría a través de una cuenta de *Instagram* que todo el mundo acepta como suya⁹⁵.

están incluidos en el límite previsto en el art. 37 bis TRLPI, que incorporó la Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre de 2012 *sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas*. Si alguien quiere explotar las obras de *Banksy* o de cualquier otro autor anónimo no le servirá alegar que ha empleado toda la diligencia para intentar dar con él.

94. El rechazo de la propiedad intelectual no afecta a la titularidad de los derechos. Hay libertad para ejercerlos o no. Pero se adquieren, como se viene diciendo, por el mero hecho de la creación. No se puede dejar de ser propietario intelectual. Mientras la obra o alguna de sus reproducciones perviva, o incluso mientras se guarde memoria de ella, el autor seguirá teniendo esta condición. No sólo por la existencia de derechos morales “*irrenunciables e inalienables*” (art. 14 TRLPI supra). También porque hay derechos económicos de los que no cabe disponer (derechos de simple remuneración o compensatorios) y salvaguardas que impiden una *venta*, esto es, una transmisión plena de la propiedad. Baste recordar lo previsto en el art. 43.5 TRLPI, según el cual: “*La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión*”. En el mismo sentido, hay que contar con la eventual ampliación de los derechos de propiedad intelectual que en principio debería beneficiar al autor. Las normas sobre cesión de derechos patrimoniales permiten ceder todo el vino –todos los derechos, todo el mundo, todo el tiempo– pero no permiten desprenderse del odre, que se volverá a llenar tan pronto como aparezca un medio de explotación nuevo o se amplíe el contenido o la duración de la propiedad intelectual. Así se le ha recordado a *Banksy* en el caso “*FlowerThrower*”, no sin cierto regodeo. *Vid.* en este sentido, la ya citada entrada del blog de ALADDA, “*Banksy, el lanzador de flores (‘FlowerThrower’) y la EUIPO*”, pfs. 26 y 27.
95. En este sentido se manifiesta Julián LÓPEZ RICHART: “*Algunos artistas callejeros mantienen oculta su identidad, pero se comunican con el público a través de su propia página web, que utilizan, entre otras cosas, para confirmar la autoría de sus obras*” (“*Y el vandalismo se hizo arte...*”, *cit.*, p. 66). El propio autor sugiere una solución al problema del ejercicio de los derechos: “*En este caso, cabe entender que quien aparezca como titular de la web o la persona natural o jurídica a quien ésta atribuya dicha función, estaría legitimada para actuar en representación del autor*” (*ibidem*). Es una propuesta sensata, aunque al no poder ampararse en los términos del art. 6.2 TRLPI, el titular de la página o la persona legitimada quedarían expuestos al requerimiento de probar su relación con el autor y no el simple hecho de la divulgación.

IV. AUTORÍA Y TITULARIDAD DE DERECHOS

1. TITULARIDAD ORIGINARIA. OBRAS AUTORIZADAS O TOLERADAS

De acuerdo con un principio bien establecido y al que ya ha habido ocasión de referirse, el autor lo es y adquiere los correspondientes derechos por el mero hecho de la creación (art. 1 TRLPI). Esta regla no se ve alterada por la eventual ilicitud de la creación ni, en particular, por ejecutar la obra sin autorización sobre un bien ajeno. El régimen jurídico aplicable al grafiti o mural como cosa u objeto material no se proyecta en principio sobre los derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo previsto en materia de límites. Ni hay abandono de derechos por pintar donde no se debe, ni puede pretenderse que se produzca algo parecido a la accesión que, por el contrario, sí desplegara efectos en lo relativo a la propiedad de la obra de arte como *cosa* u objeto material.

El autor sólo perderá sus derechos de propiedad intelectual en la medida en que los pueda ceder y efectivamente los ceda, cosa que deberá hacer de forma clara y expresa. Da igual que la obra esté firmada o sea anónima. Una obra anónima no es una *res nullius* y, desde luego, el propietario del soporte no adquiere por ello derecho de propiedad intelectual alguno (art. 56 TRLPI). Cabe recordar a este propósito el interesante *caso Torre des Savinar*, resuelto por la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 5.^a, en sentencia de 30/7/2008 (ECLI: ES:APIB:2008:1478). Los propietarios de una finca en la que se ubicaba una torre de vigilancia costera con varios siglos de antigüedad, pretendían ostentar derechos de propiedad sobre la imagen de la torre (otro asunto interesante, también para la problemática del arte urbano), así como derechos, en este caso de propiedad intelectual, sobre una pintura de Buda que algún desconocido, al parecer un turista oriental, había pintado en los años setenta. Sin embargo, la Audiencia rechazó la demanda, planteada contra diversas empresas de ocio que habían utilizado las imágenes en la portada de CD y otros soportes musicales. Los actores, concluyó la sentencia, carecían de derechos de propiedad intelectual sobre la pintura, que seguía ostentado el anónimo oriental, al no constar acto alguno de cesión por su parte⁹⁶.

96. La imagen del Buda puede verse en <http://eivissas.blogspot.com/2009/12/el-buddha-de-atlantis.html>. En cuanto a la torre, es fácil encontrarla en Internet. La sentencia, sin embargo, se acaba olvidando de ella. Aunque el camino sea largo y a veces disperso resuelve bien la cuestión de los derechos de autor. Sin embargo, la interesante cuestión de los derechos de propiedad sobre la imagen de los objetos, y en concreto de los inmuebles, no se aborda, por más que la pretensión de los demandantes se desestime. Una lástima, porque se trata de un asunto muy pertinente en relación con la problemática del grafiti y el arte urbano.

Las cosas no cambian cuando el artista realiza su obra con la autorización o tolerancia del propietario del soporte o de quien, aun no siendo propietario, cuente con las facultades para ello como titular de derechos reales o incluso de crédito, como puede suceder en ciertos contratos de arrendamiento. Sin entrar ahora en la cuestión de la propiedad de la obra, asunto que se abordará, más adelante, tampoco habrá transmisión de derechos de propiedad intelectual si no hay contrato de cesión. Está claro que de la *donación* de la obra, como objeto material, no cabe deducir otra cosa⁹⁷. No obstante, para evitar malentendidos no estaría de más dejar constancia de ello. Por su parte, el propietario que autoriza o consiente haría bien en reservarse la facultad de eliminar la creación a su albedrío y, en cualquier caso, eximirse de toda responsabilidad por el casi seguro deterioro. Pero, aunque no lo haga, su falta de reacción no debería suponer para él carga alguna. Que el propietario de un muro no haga nada cuando otros pintan sobre él ni le obliga a conservar la pintura ni le impide limpiar, blanquear, alterar o demoler el edificio cuando necesite hacerlo o le convenga⁹⁸.

2. OBRAS REALIZADAS POR EMPLEADOS O POR ENCARGO

Hay que considerar también la posibilidad de que un grafiti, mural u otra obra de arte urbano haya sido objeto de un encargo específico. Aunque el grafiti nació como una actividad fuera de la ley y, aun hoy, no pocos grafiteros *stricto sensu* siguen considerando esencial actuar sin autorización, son también muchos los casos de artistas contratados por particulares y administraciones públicas. ¿Quién es entonces el titular de los derechos? El punto de partida sigue siendo el mismo. La regla de atribución originaria al autor no cambia cuando el acto de crear se realiza en cumplimiento de una obligación, sea civil o laboral. De este modo, salvo en el ya indicado caso de la obra colectiva (art. 8 TRLPI), la adquisición de derechos por parte de quien no tenga la condición de autor pasará siempre por el contrato, en el marco establecido por la ley de propiedad intelectual o, en su caso, las normas de Derecho público que deban aplicarse cuando el comitente sea una Administración⁹⁹. Hay que contar, sin

97. Como dijo la sec. 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, con referencia a la donación de dos réplicas a escala de una escultura realizada por encargo, no hay presunción de cesión alguna “*cuando la adquisición se hace a título gratuito o sin más contraprestación que el pago de los costes de elaboración material de la obra, sin que pueda suponer que se cedieron a ésta todos los derechos de autor sobre tal obra, ni siquiera los derechos de explotación, al entender la Sala que para ello sería necesario pacto expreso o algún acto concluyente inequívocamente significativo de tal cesión*” (Caso *El cartero*, sentencia de 22/1/2016, FD 3; ECLI:ES:APM:2010:298).

98. *Vid. Caso Asociación de Vecinos de El Palo*, sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sec. 4, de 20/2/1991, ECLI:ES:APGR:1991:1.

99. Hay que tener presente que la legislación de propiedad intelectual es de carácter tutelar y, por tanto, incluye normas imperativas e indisponibles en favor de los autores (*vid.*

embargo, con la posibilidad de que la ley intervenga estableciendo presunciones de cesión.

Cuando la creación es objeto de una relación laboral, la ley presume que el trabajador ha cedido en exclusiva al empresario los derechos de explotación sobre la obra, aunque sólo “*con el alcance necesario para el ejercicio de [su] actividad habitual [...] en el momento de la entrega de la obra*” (art. 51 LPI)¹⁰⁰. La presunción no rige pues para cualquier obra creada por el trabajador. Sólo para las que son objeto del contrato de trabajo. El oficinista que dedica su tiempo a dibujar o a componer canciones quizá pueda ser despedido, pero los derechos de explotación sobre las obras seguirán siendo suyos. Como quiera que sea, es harto improbable que los grafitis y creaciones de arte urbano en general sean objeto de una relación laboral. Cabe contratar trabajadores para ejecutar

art. 55 TRLPI: *beneficios irrenunciables*). En cuanto a la legislación administrativa, cabe señalar que se muestra cada vez más atenta a las prestaciones de carácter intelectual (ingeniería, arquitectura, consultoría, pero también obras artísticas) y a la eventual adquisición de los derechos de propiedad intelectual. *Vid.*, entre otros, art. 122.2,II, art. 168, a) 2.º y 308.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Según el primero: “*Los pliegos podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 308 respecto de los contratos de servicios*”. Según el segundo, es posible la contratación sin anuncio de licitación y, por tanto, sin competencia abierta: “*Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial. [//] La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato*”. Según el tercero: “*Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público*”.

100. Artículo 51 TRLPI: “*Transmisión de los derechos del autor asalariado. 1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se registrará por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral. 3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores. 4. Las demás disposiciones de esta Ley serán, en lo pertinente, de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato. 5. La titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se registrará por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley*”.

una obra como, por ejemplo, en el *Caso Homenaje a Dieter Otto* (Audiencia Provincial de Málaga, sec. 4, sentencia de 7/6/2005, ECLI:ES:APMA:2005:3070). Pero eso no es lo mismo que tener en plantilla a trabajadores para que, como tales, creen obras de arte urbano.

Resulta en cambio mucho menos raro que obras de ese tipo sea objeto de encargo, normalmente del propietario del soporte, aunque no es imprescindible que tenga esta condición, pues el comitente también podría ser titular de otros derechos. Incluso podría tratarse de un tercero cualquiera, aunque eso nos devolvería al terreno de la ilicitud. Cuando media un encargo la ley no establece presunción alguna, análoga a la que se ha visto para la relación laboral. En esta tesitura, se han abierto dos líneas. Una se muestra favorable a aplicar analógicamente el art. 51 TRLPI. La otra se opone a ello, con el argumento de que son casos diferentes y, además, no caben interpretaciones extensivas y menos analogías contra los autores en una ley cuyo objeto es protegerles. Hasta el momento el Tribunal Supremo se ha pronunciado en un par de ocasiones y lo ha hecho a favor de la primera tesis. Pero con una argumentación más bien pobre y un tanto apodíctica¹⁰¹. Aunque lleguen a la misma conclusión en cuanto a la asignación de derechos al empresario, están mejor motivadas algunas sentencias posteriores de las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona¹⁰². La cuestión no debe considerarse cerrada. El silencio legal, tras

101. *Caso Gran Enciclopedia Canina*, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 1/2/2005 (ECLI:ES:TS:2005:503): “[...] contrato que se considera de ‘encargo de obra’ y que supone transmisión automática de la propiedad intelectual [...]” (FD 3). *Caso Infodoc*, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, 18/2/2008 (ECLI:ES:TS:2008:7176): El art. 51 TRLPI “contempla la transmisión [...] de los derechos de explotación [...] en caso de contrato de trabajo [...]. Pero no contempla el caso del contrato de obra. Se debe entender que esta laguna del derecho debe ser suplida por la analogía [...]” (FD 5).

102. *Vid. Caso Hoys Imagen*, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 28, 19/4/2017 (ECLI:ES:APM:2017:5573) y, sobre todo, *Caso Aceite Banús*, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 15, 23/11/2017 (ECLI:ES:APB:2017:11720). En este último caso se trataba de una página web y un logotipo encargados por una empresa productora de aceite. Para explicar la transmisión de derechos a favor de la empresa, la sentencia *expone* el contrato que, como ha quedado dicho, prevalece sobre la presunción, aplicable sólo en defecto de pacto (art. 51 TRLPI). Ante todo, la sentencia deja constancia del estado de la cuestión: “La respuesta al citado interrogante no es unánime entre la doctrina científica. De manera resumida, un sector doctrinal considera que por el encargo de la obra no aparece automáticamente el derecho de explotación de la misma, es decir, no existe una cesión de los derechos patrimoniales de la obra, por lo que, si no se ha pactado nada entre las partes, la explotación de la obra quedará reservada al autor, en tanto éste no preste su consentimiento autorizando a otra persona para utilizarla. Otro sector doctrinal (mayoritario) entiende que, a falta de acuerdo y de los supuestos especiales reseñados, no existe una presunción legal de cesión de derechos de explotación, pero sí una cesión expresa o tácita por aplicación del régimen general del art. 43 del TRLPI. Se inclinan pues, por una transmisión explícita o implícita limitada a aquellos derechos estrictamente necesarios para el cumplimiento de la finalidad del contrato” (FD 3, pfo. 19). Y añade: “entendemos que puede haber una cesión expresa o tácita de los derechos patrimoniales de la obra encargada aunque no se haya pactado nada en el contrato

haberse pronunciado en el caso de la relación laboral, resulta muy significativo. No obstante, se coincide al menos en reconocer al comitente –con o sin exclusiva– los derechos necesarios para llevar a cabo la explotación que se desprende del encargo realizado. A tal objeto cabe acudir a un principio básico, según el cual los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino también a cuanto se deriva de la buena fe, el uso y la ley (art. 1258 Código civil español)¹⁰³. En cualquier caso, vistas las dudas de autores y tribunales, resulta altamente recomendable poner por escrito el encargo, sea oneroso o gratuito, y pronunciarse de forma expresa –como quiere la ley– acerca de los derechos económicos sobre la obra encargada e incluso acerca del ejercicio de algunos de los derechos morales, que en todo caso seguirá ostentando el autor¹⁰⁴.

La misma previsión habrá que mostrar cuando se trate de encargos administrativos, por lo general de Ayuntamientos que quieren embellecer zonas deprimidas, pasillos del metro, accesos a estaciones o incluso muros de propiedad privada al descubierto, a menudo tabiques pluviales, cosa que requiere también el consentimiento de sus titulares. Como ya ha habido ocasión de señalar, la creación de obras arte puede ser objeto de formas de contratación singulares, sin competencia. Pero también es muy común la fórmula del concurso, con intervención de un jurado¹⁰⁵. Es deseable que las bases contemplen de forma expresa los derechos de propiedad intelectual sobre la obra.

3. OBRAS PUBLICITARIAS

Que la Ley de Propiedad Intelectual no establezca una presunción de cesión de derechos en el caso de obras ejecutadas por encargo, no debe hacer olvidar las disposiciones de otras leyes. En particular, hay que considerar la posibilidad de que el grafiti o mural responda a una finalidad publicitaria. Un comerciante,

que une a las partes. No podemos olvidar la intención de las partes en este tipo de contratos de obra por encargo. La obra encargada por Banús a los actores consistía en la creación de una página web, de unas etiquetas para botellas de aceite y para envases de frutos secos y de un logotipo consistente en una gota lateral de aceite de color verde brillante en diversas modalidades. La intención de Banús al encargar la obra era la explotación de la misma lo que supone la transmisión explícita o implícita de los derechos patrimoniales necesarios para cumplir el contrato” (FD 3, pfo. 20).

103. Vid. Juan José MARÍN LÓPEZ, “La contratación de obras por encargo y la compraventa de obras plásticas”, en AA.VV. *Protección del derecho de autor de los creadores visuales*, ed. Fundación Arte Y Derecho, 2005, pp. 201-2014.

104. Los derechos morales son intransmisibles (art. 14 LPI). Pero nada impide llegar a acuerdos sobre algunos aspectos relacionados con su ejercicio. Esta distinción técnica entre titularidad y ejercicio de los derechos proporciona cierto margen de maniobra en materia de derecho moral.

105. Arts. 183 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. El sistema de concurso también puede usarse en la contratación privada, como sucedía en el *Caso REMOCSA* (sentencia del Tribunal Supremo, sala 1.ª, de 6/11/2006, ECLI:ES:TS:2006:6958).

harto de que embadurnen la puerta de su local, la típica persiana metálica, puede hacer un encargo buscando una cierta estética y, a la vez, la promoción de su negocio. No parece incorrecto hablar en esos casos de publicidad, si se tiene en cuenta la definición del art. 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), norma posterior a la LPI de 1987: *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*. Si el grafiti u obra de arte urbano objeto de encargo puede considerarse publicidad, será de aplicación el art. 21 LGP, según el cual: *“Las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo”*. A diferencia del art. 51 TRLPI, la presunción de cesión del art. 21 LGP no tiene limitaciones finalistas. Sin perjuicio de los derechos morales, que conservará el autor, todos los derechos de explotación de carácter exclusivo pasarán a manos del anunciante que, en el caso considerado, será el propio comitente¹⁰⁶.

V. PROPIEDAD DEL BIEN MATERIAL Y DERECHOS DE AUTOR SOBRE LA OBRA

Como se ha venido diciendo, pintar un grafiti u obra de arte urbano sobre un soporte de propiedad ajena sin autorización no afecta en principio al régimen de la propiedad intelectual, sin perjuicio de las particularidades que derivan de que la obra no exista sino a través del objeto en el que se ha materializado. No obstante, la propiedad de este objeto, como *cosa*, no es un dato irrelevante. ¿De quién es el grafiti u obra de arte urbano pintado sobre la pared de un edificio? Aquí ya no se trata de compatibilizar una propiedad inmaterial y otra material sino dos propiedades que comparten esta última naturaleza. La pintura extendida por un artista sobre una pared es tan material como esta misma. En esa tesitura parece inevitable dirigir la mirada a la normativa de la accesión y, por tanto, acudir a los arts. 375 y siguientes del Código civil (CC)¹⁰⁷.

106. La presunción, como es lógico, no puede ir más allá de lo que podría hacerlo el pacto. No afectará por tanto a los derechos económicos de simple remuneración, que no son transmisibles; como, por ejemplo, el derecho de participación de los artistas plásticos recogido en el art. 24 TRLPI. Esta precisión, por supuesto es aplicable a todas las obras, no sólo a las publicitarias.

107. Prescindiremos ahora de la normativa civil autonómica aunque, obviamente, podría ser la aplicable. El CC de Cataluña (CCCat), por ejemplo, regula la accesión (arts. 542-1 y siguientes).

Cualquiera que la haya estudiado recordará de inmediato la existencia de una norma *ad hoc*, de estirpe romana, que parece resolver los conflictos entre los autores y los dueños de los soportes utilizados cuando son personas diferentes. Se trata del art. 377,II CC según el cual: “*En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerara accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino*”. Es una disposición razonable, basada en la distinción entre lo principal y lo accesorio, aunque debe tomarse sólo como orientativa. Cuando el soporte es un vagón de tren o de metro, aun tratándose de bienes muebles, las cosas cambian. La cosa principal pasa a ser el soporte. Lo mismo sucede cuando se pinta sobre bienes inmuebles.

No obstante, antes de entrar en las reglas de la accesión y en los criterios a los que esta responde, conviene recordar que el primer principio en tales situaciones es el de separación. La adjudicación de la propiedad del todo a una de las partes en conflicto debe considerarse una solución por defecto que, si es posible, debe evitarse. La formulación más clara del principio la tenemos en el art. 378 CC: “*cuando las cosas unidas pueden separarse sin detrimento, los dueños respectivos pueden exigir la separación*”. En el caso de las obras de grafiti y arte urbano, sin embargo, la separación no es fácil y el artista normalmente no la deseará. Para resolver la cuestión de la propiedad habrá que aplicar pues los otros principios que básicamente consisten en reconocer la vis atractiva de la cosa principal y la protección de quien actúa de buena fe frente a quien lo hace de mala fe.

Dejando a un lado los casos en que haya un encargo u otro marco basado en la autonomía de las partes (por ejemplo, donación), y sin perjuicio de que al fin la solución pueda ser básicamente la misma, interesa considerar la situación que se produce cuando quien pinta sobre un inmueble ajeno lo hace sin autorización del dueño. Salvo casos excepcionales, se tratará de una actuación de mala fe, como mínimo en el sentido objetivo de la expresión. Bastará esta circunstancia para que el artista pierda la obra –entendida como objeto material o cosa– sin derecho a compensación alguna¹⁰⁸. Así resultaría del principio que subyace en el art. 362 CC, que aplicado a nuestro caso podría leerse así: “*quien pinta de mala fe sobre finca ajena pierde lo pintado, sin derecho a indemnización*”. La mala fe hace irrelevante que la obra pueda ser de más valor que el soporte, cosa que en algún caso podría suceder¹⁰⁹. La adquisición *ex lege* de la

108. En este sentido, *vid.* R. SÁNCHEZ ARISTI, *La Propiedad Trenzada, cit.*, apdo. 13.

109. Hace poco, *Banksy* ejecutó una de sus obras (*hula-hoop girl*) e inmediatamente se le atribuyó una cotización de más de 200.000 €. Otras de sus obras han superado esta cifra. No es difícil imaginar la posibilidad de que llegara a pintar sobre una finca o un bien mueble valorados en mucho menos. SÁNCHEZ ARISTI recoge a este propósito un curioso caso de especificación de mala fe protagonizado por Pablo Ruiz Picasso (Málaga, 1881 – Mougins, 1973), que pintó una de sus obras sobre la carrocería del automóvil con el que unos periodistas se habían desplazado hasta su casa para

propiedad de la pintura, por supuesto no excluye el derecho a exigir la reposición de las cosas a su estado precedente, con la consiguiente eliminación del grafiti u obra de que se trate (cfr. art. 363 CC), en cuyo caso los derechos del autor dejarían de existir por destrucción del objeto, salvo si hubiera podido fotografiarse o reproducirse de alguna manera. Las cosas, por supuesto, se complicarían un poco más si el artista hubiera utilizado materiales ajenos (por ejemplo, botes de aerosol hurtados). Pero al fin, en lo que interesa, el resultado sería el mismo: el dueño del edificio haría suya la pintura.

El hecho de que el propietario del soporte devenga también propietario de la obra suscita algunos problemas que no se dan en el caso de creaciones que existen al margen del soporte. Cuando se trata de literatura o música, obra y soporte son realidades separadas y el principio de compatibilidad de derechos del art. 3 TRLPI funciona bien. Para las obras de artes plásticas, en cambio, la realidad es diferente. Es una “propiedad trenzada”, por decirlo con la feliz expresión de Rafael SÁNCHEZ ARISTI. Eso explica la existencia de normas particulares, como la presunción de cesión del derecho de exposición (art. 56.2 TRLPI) o la especial incidencia de algunos límites, como los previstos en el art. 35 TRLPI.

Un problema específico del arte de la calle –graffiti y arte urbano– es el que resulta de la eventual separación de la obra para su enajenación. No es una situación desconocida. Se ha dado en el caso de *Banksy* y otros creadores. Es obvio que plantea cuestiones relacionadas con el derecho moral, pues se trata de obras creadas para estar en un lugar determinado o al menos en un lugar público. El artista podría, con razón, oponerse a que su obra fuera arrancada para ser introducida en el mercado del arte como un bien mueble. Este aspecto será objeto de análisis más adelante. Ahora interesa considerar los derechos patrimoniales. En cuanto a estos, por lo pronto, parece fuera de duda que el dueño del soporte puede disponer de lo que es suyo de la forma que estime conveniente. Ahora bien, acaso convenga un análisis más sosegado desde el punto de vista tanto de la propiedad ordinaria (sobre la *cosa*) como de la propiedad intelectual (sobre la *obra*).

Cuando se ha prescindido de su consentimiento, el propietario del soporte habrá llegado a ser propietario también de la obra –como objeto material– por el juego de las reglas de la accesión. Mientras la pintura esté adherida al muro o soporte de que se trate el dueño de este podrá disponer como le plazca. El artista no podrá oponerse a la venta del edificio, incluyendo la obra, que pasará a ser de un nuevo propietario. ¿Pero ha de mantenerse este criterio cuando se

entrevistarle. Picasso actuó sin autorización. Pero en mala fe le ganaron, con ventaja, los periodistas. El coche era prestado y, ocultando su aumento de valor, lo compraron a su dueño a bajo precio para luego revenderlo (*vid. La propiedad trenzada, cit. apdo. 10*).

produce la separación física de ambos objetos? Recordemos que el principio básico no es la accesión sino la separación. Cuando alguien edifica, planta...o realiza una obra de arte en predio ajeno, lo primero que hay que comprobar es si resulta posible la separación. No todas las obras son pinturas. A veces se trata de papel, piezas de cerámica, mosaico u otros materiales adheridos sobre la superficie. Pero incluso cuando se trata de pinturas, no es imposible la separación. El problema que estamos considerando deriva precisamente de este hecho. Supongamos que la separación fuera inmediata. *Banksy* pinta sobre un muro, a la mañana siguiente hace pública su autoría –que no su identidad– y por la tarde el dueño del muro arranca la obra, mediante “*strappo*”, “*stacco*” o cualquier otra técnica, incluyendo la posible *movilización* de los ladrillos correspondientes. ¿No se podría sostener que habiendo sido posible la separación, cada sujeto conservará su propiedad, sin perjuicio del derecho del dueño del muro a que le sean reembolsados los gastos e indemnizados los daños?... En una situación de este tipo, quizá el dueño del muro tendría que reforzar su posición añadiendo a las reglas de la accesión la voluntad del artista que, al no pedir ni pretender la separación (cosa que le permitiría el art. 378,II CC), habría llevado a cabo una suerte de donación o abandono. Aun así, el art. 378 CC indica que si la situación es reversible, la propiedad única –si no quiere entenderse que haya habido una propiedad separada– es una situación transitoria. No sería absurdo que el artista, al margen de lo que dé de sí el derecho moral a la integridad, reclamase para sí la propiedad de la pintura arrancada.

Con independencia del recorrido –acaso poco– que pueda tener la anterior argumentación referida a la propiedad del objeto material, también hay que considerar el problema desde el punto de vista de los derechos de propiedad intelectual. El autor que ha ejecutado una obra sobre una propiedad ajena los sigue ostentando en plenitud. El único derecho que se presume cedido es el de exposición (art. 53.2 TRLPI), que habría que entender limitado al lugar para el que la obra fue ejecutada. El resto de los derechos siguen intactos. ¿Todos?... ¿Qué sucede con el derecho de distribución? Sabemos que este derecho se agota con la llamada *primera venta* o, para ser más precisos, la primera transmisión de la propiedad del objeto tangible al que la obra está incorporada (art. 19.2 TRLPI). En el caso de las obras plásticas, cuando el autor la transmite, el derecho se agota en relación con el único objeto existente: la propia obra como *cosa*. Por ello el dueño puede revenderla sin obstáculo alguno. ¿Es eso lo que se produce en el caso del grafiti y arte urbano? ¿Puede el dueño del muro que arranca la pintura u obra de que se trate proceder con total libertad?

Las preguntas anteriores invitan a recordar, antes de responder, la doctrina del TJUE en el conocido *Caso Allposters* (STJUE de 11/1/2015, C-419/13, ECLI:EU:C:2015:27). *Allposters* era una empresa dedicada a comercializar

pósters y otros tipos de reproducciones de obras de pintores célebres cuyos derechos gestionaba la entidad *Pictoright*. Entre sus productos incluía lo que llamaba “*lienzos de pintor*” obtenidos mediante la transferencia química de la imagen desde el póster a una tela. De este modo la imagen desaparecía del primer soporte para pasar a comercializarse en un soporte diferente, lo que permitía acceder a otro público y obtener un precio mayor. *Pictoright* entendía que la comercialización de las imágenes en un nuevo soporte requería autorización de los titulares de los derechos de autor y, en consecuencia, demandó a *Allposters*. La demanda fracasó en primera instancia, pero tuvo éxito en apelación donde, de forma expresa, se rechazó que fuera aplicable el principio de agotamiento del derecho de distribución. Dada la armonización derivada de la Directiva 2001/29 (DSI), el Tribunal Supremo de los Países Bajos decidió consultar al TJUE, al que sometió diversas cuestiones. *Pictoright* sostenía, con carácter preliminar, que la imagen sobre el lienzo era una “*adaptación*” de las obras reproducidas para, de este modo, rehuir el debate en torno al derecho de distribución y refugiarse en el no armonizado derecho de transformación y en la doctrina de los tribunales holandeses al respecto. El TJUE, no obstante, entendió que la controversia giraba en torno al derecho de distribución y, más en concreto, al alcance de su agotamiento.

Como explica la sentencia, el agotamiento del derecho de distribución “*se aplica al objeto tangible en el que se incorpora una obra protegida o su copia si éste se ha comercializado con el consentimiento del titular del derecho*” (pfo. 40). En el caso *Allposters* eran copias en soporte papel. Sobre esa base, se trataba de establecer si la modificación o cambio de soporte tenía o no alguna incidencia en dicho agotamiento. La técnica de transferencia sobre lienzo “*permite aumentar la durabilidad de la reproducción, mejorar la calidad de la imagen con respecto al póster y obtener un resultado más próximo al del original de la obra*” (pfo. 42). En su intervención en el pleito, el Gobierno francés había alegado que la sustitución del soporte suponía crear un nuevo objeto y una nueva “*reproducción*” de la obra. *Allposters* lo negaba porque no había “*multiplicación*”, ya que la imagen desaparecía del soporte precedente.

El TJUE se inclinó por la tesis del Gobierno francés y, en definitiva, por una lectura favorable a *Pictoright*. Centrando la cuestión, decía el TJUE, “*lo que importa es determinar si el objeto modificado, apreciado en su conjunto, es, en sí, materialmente el objeto que se comercializó con el consentimiento del titular del derecho*” (pfo. 45). Para el TJUE resulta claro que no. De este modo, quedaría excluida la aplicación del principio de agotamiento en relación con el nuevo soporte. “*El consentimiento del titular del derecho de autor no se refiere a la distribución de un objeto que incorpore su obra si dicho objeto ha sido modificado tras su primera comercialización de forma que constituya una nueva reproducción de la mencionada obra. En ese supuesto, el derecho de distribución de tal objeto sólo se agota una vez que se ha*

producido la primera venta o la primera transferencia de propiedad de ese nuevo objeto con el consentimiento del titular del antedicho derecho” (pfo. 46).

¿Puede aplicarse la doctrina de *Allposters* al caso de las obras de arte urbano separadas mediante “*strappo*” (retirada sólo de los pigmentos), “*stacco*” (retirada de los pigmentos y de una pequeña parte del material al que están adheridos) u otra técnica, para su venta como bienes muebles? ¿Cambia con ello el soporte? La respuesta afirmativa significaría que el autor podría oponerse a la operación no sólo alegando la infracción de su derecho moral (*vid. infra*) sino también el poder de autorizar o prohibir la distribución en un soporte para el que no dio su consentimiento. Quien llevara a cabo tal operación, podría así ser demandado por infracción del contenido económico de la propiedad intelectual.

En cualquier caso, si se entendiera agotado el derecho de distribución y con independencia de las acciones basadas en el derecho moral, el autor podría beneficiarse del derecho de participación de acuerdo con la Directiva 2001/84/CE y el art. 24 TRLPI. La venta del edificio no le habría proporcionado nada. Sí, en cambio, la de la obra separada, cuando tenga lugar en el mercado profesional y se cumplen los demás requisitos legales. Paradójicamente, podría ser un incentivo para que el autor, *Banksy* o quien fuera, aceptara lo que, en principio, no quiere.

VI. LÍMITES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Ninguna propiedad es absoluta. Tampoco la intelectual, que está sometida a límites tanto temporales (duración) como materiales (excepciones y limitaciones)¹¹⁰. Algunos de estos últimos afectan de modo particular a las obras plásticas o visuales ubicadas en el espacio público, hayan sido o no autorizadas por los propietarios y respeten o no la normativa administrativa. Sin olvidar otros que también podrían tener aplicación (copia privada, cita, educación, parodia...), vale la pena destacar los dos límites incluidos en el art. 35 TRLPI.

110. En la terminología de los tratados internacionales y de las Directivas europeas, “excepciones y limitaciones”. Estas dos expresiones, sobre cuyo sentido específico no parece haber unanimidad, acaso permitirían perfilar un poco mejor los diferentes límites, distinguiendo entre los que exigen compensar a los titulares (cabría hablar de “limitaciones”) y aquellos que, en cambio, son gratuitos, sin compensación para los titulares afectados (en este caso, “excepciones”). Esta posible aplicación de la distinción lucía con claridad en la *Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital* [Bruselas, 14.9.2016 COM(2016) 593 final]. *Vid.* sus Cdos. 6 y 7 (“*las excepciones y ‘la’ limitación*”) y el art. 6 (de nuevo “*las excepciones y ‘la’ limitación*”). Pero no ha pasado con esa claridad a la Directiva finalmente aprobada. Tampoco parece seguirla el TJUE en su jurisprudencia que, por ejemplo, alude reiteradamente a la “excepción de copia privada” a pesar de que exige una compensación.

El primero se refiere a informaciones de actualidad y el segundo a lo que, convencionalmente, se ha dado en llamar –aunque ningún término es neutro– “libertad de panorama”. Ambos pueden afectar al grafiti y a las obras de arte urbano en general. Pero muy en particular el segundo pues, en función del alcance que se le dé, podría dejar muy mermados los derechos del autor.

1. LIBERTAD DE INFORMACIÓN: ART. 35.1 TRLPI

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 ya incluía, como art. 34, una norma que más tarde pasaría a ser, sin cambios, el actual apartado 1 del art. 35 TRLPI. Su redacción es la siguiente: “*Cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa*”. El límite no está específicamente pensado para las artes visuales y menos aún para el grafiti y el arte urbano. Podría aplicarse a obras de otra naturaleza como las musicales y, en el caso de las visuales, a frescos, óleos o esculturas ubicadas en espacios interiores, como viviendas u oficinas. Pero no hay duda de que entre las obras afectadas se encontrarán, y con bastante frecuencia, el grafiti y el arte urbano. Por ello es importante una interpretación ajustada de la norma para evitar su uso espurio. En este sentido, conviene subrayar que no ha de tratarse de una actualidad informativa “forzada” sino real. La inauguración de una exposición, por ejemplo, es información de actualidad; pero recordar su aniversario, probablemente no. Por lo mismo, recoger en una grabación lo que está sucediendo es información; recrearlo años después, ya no¹¹¹.

111. Sobre la recreación artística se pronunciaron dos interesantes sentencias de las Audiencias de Madrid y Barcelona. Ambos litigios fueron protagonizados por la canción “*Cara al sol*”, himno del partido fascista Falange Española y una de las canciones que, al parecer, las tropas de Franco cantaban al entrar desfilando por la Avenida Diagonal de Barcelona en 1939. Esa escena fue recreada muchos años después en dos películas: “*El largo invierno*” y “*Por qué perdimos la guerra*”. Los herederos del compositor de la canción interpusieron demanda contra sus productores por infracción de derechos. En ambos casos los demandados invocaron, entre otras cosas, el límite sobre informaciones de actualidad (art. 34 LPI/1987 y art. 35.1 TRLPI). Las Audiencias de Barcelona, sec. 15 (Caso “*El largo invierno*”, 15/1/1998, ECLI:ES:APB:1998:324) y Madrid, sec. 11 (Caso “*Por qué perdimos la guerra*”, 10/9/1997, ECLI:ES:APM:1997:3000) rechazaron la aplicabilidad del expresado límite pues en la recreación artística no había finalidad informativa. No obstante, cabe observar que las recreaciones artísticas cuando son también históricas plantean problemas particulares. Es obvio que si se quiere evocar la entrada de las tropas de Franco en Barcelona en las postrimerías de la guerra civil española hay que respetar la realidad histórica. Si las tropas cantaban, no cabe hacer que desfilen en silencio. Y si cantaban el “*Cara al Sol*”, no es admisible que canten otra cosa. Los titulares no deberían poder impedir ese uso, aunque se les debería reconocer el derecho a cobrar una suma razonable.

Como quiera que sea, importa no perder de vista la necesidad de una interpretación finalista del art. 35.1 TRLPI (cfr. art. 3 del Código civil). La referencia a obras “*susceptibles de ser vistas u oídas*” y la misma expresión “*con ocasión de*” apuntan a una cierta inevitabilidad del uso de la obra afectada, ya sea porque constituye el objeto mismo de la información de actualidad (por ejemplo, reportaje televisivo sobre daños vandálicos en una obra de arte) o porque, no siéndolo, resultaría imposible o muy dificultoso informar sin que la obra aparezca (por ejemplo, fotografía o pintura situada a la espalda o junto a alguien a quien se entrevista por un acontecimiento de actualidad). Esa inevitabilidad no concurre en cambio cuando lo único que se pretende es el enriquecimiento visual o la ilustración. Que en una información sobre una exposición de Paul Klee (Suiza, 1879-1940) se incluyan fotos tomadas en el acto inaugural y en las que aparecen algunas de las obras expuestas, tiene todo el sentido y constituye una correcta utilización del límite. En cambio, el hecho de incluir una selección de obras del artista para ilustrar un reportaje, aunque siga teniendo sentido, ya no puede ampararse en el art. 35.1 TRLPI. No son imágenes “*susceptibles de ser vistas con ocasión de*” la información. Son imágenes *buscadas* para su utilización, que es algo diferente¹¹². El art. 35.1 TRLPI pretende evitar que la presencia de obras sobre las que hay derechos privados se convierta en un obstáculo insalvable para libertad de información. No otra cosa.

Es obvio que, en el caso del grafiti y el arte urbano en general, se invocará más a menudo el art. 35.2 TRLPI (libertad de panorama) que el art. 35.1 TRLPI (libertad de información). Pero, como se verá de inmediato, aquél no lo cubre todo. Hay situaciones excluidas del art. 35.2 TRLPI que, en cambio, podrían quedar amparadas por el art. 35.1 TRLPI. En la inauguración de una exposición, por ejemplo, este último permitiría utilizar obras que están en el interior de un museo o en un lugar público de forma no permanente, usos que, por el contrario, no caben en el art. 35.2 TRLPI. Por tal razón no es raro que en algunas ocasiones se intente forzar el límite de “*informaciones de actualidad*”, dando a esta noción una amplitud que va más allá de lo razonable, como sucedió en el mencionado *caso Paul Klee*.

2. “LIBERTAD DE PANORAMA”: ART. 35.2 TRLPI

El art. 35 de la Ley de Propiedad Intelectual española de 1987 ya incluía la siguiente previsión: “*Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por*

112. No obstante, en el *Caso Paul Klee* la Audiencia Provincial de Madrid (sec. 13, 17/7/1997, ECLI: ES:APM:1997:2687) entendió que sí era aplicable el límite del art. 34 LPI/1987 (hoy art. 35.1 TRLPI) y desestimó la demanda interpuesta por la sociedad de gestión VEGAP por cuenta de los titulares de la propiedad intelectual.

medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales". Esta disposición se mantiene como art. 35.2 del vigente Texto Refundido. Aunque es previo en el tiempo, su actual referente es el art. 5.3,h) de la Directiva 2001/29/EC (DSI), que permite a los Estados incluir en sus leyes un límite a los derechos de reproducción y comunicación al público (a los que hay que añadir el de distribución: art. 5,4 DSI) "*cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos*". Se trata de un límite polémico, que no todos los países reconocen. Su justificación, sin embargo, es sólida. En España hay amplio consenso en cuanto a su utilidad y conveniencia. No así, en cambio, en lo que atañe a su concreto alcance y configuración. Podemos separar, a efectos expositivos, las diferencias y coincidencias que se dan, al menos a primera vista, entre la Directiva y nuestra ley.

2.1. Diferencias entre la Directiva y el TRLPI

Por lo pronto, la simple comparación pone de relieve algunas diferencias, reales o potenciales. Ambas afectan, o podrían afectar, al ámbito objetivo del límite. En primer lugar, está la referencia de la Directiva a obras "*tales como obras de arquitectura o escultura*". ¿Son ejemplos definitorios, que acotan la interpretación, o ejemplos ilustrativos que la presuponen abierta? ¿Sólo se contempla el límite para obras tridimensionales o, además de estas, caben cualesquiera otras? Una lectura restrictiva podría hacer pensar en lo primero, cosa que dejaría fuera del límite buena parte de las creaciones que nos ocupan¹¹³. Es más razonable, sin embargo, inclinarse por lo segundo¹¹⁴. Esa es la línea que ha adoptado el legislador español a la vista de los términos del art. 35.2 TRLPI que claramente permiten una lectura amplia. En el improbable caso de que algún día el TJUE llegara a decir lo contrario, siempre cabría al menos defender el art. 35.2 TRLPI en el reducido marco del art. 5.3,o) DSI (lo que algunos llaman "*cláusula del abuelo*").

Hay una segunda diferencia. La Directiva se refiere a obras "*realizadas para*" estar situadas de forma permanente en lugares públicos. La ley española en

113. Esta lectura restrictiva parece ser la de Stefan BECHTHOLD (en Thomas DREIER y Bernt HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, 2.^a ed. 2016, p. 467) aunque quizá sólo lo parezca pues se trata de un comentario muy breve. No hay dudas, en cambio, en la explicación de E. BONADIO acerca del derecho británico. De acuerdo con ella, la referencia a "*buildings*" y "*sculptures, models for buildings and works of artistic craftsmanship*" de la sec. 62(1)(a) y (b) de la *Copyright, Designs and Patents Act* (CDPA), no incluiría murales, "*stickers*", pósteres y "*cutouts*" ("*Street Art, Graffiti and Copyright: UK*", en *The Cambridge Handbook...*, cit., p. 172). La misma lectura, en este caso con referencia a Francia, hace Shane BURKE en la propia obra ("*Graffiti, Street Art and Copyright: France*", *The Cambridge Handbook...*, cit., p. 182).

114. Michel M. WALTER y Silke V. LEWINSKI en WALTER & LEWINSKI (eds.), *European Copyright Law*, 2010, pp. 1052-1053.

cambio omite esta precisión y alude a obras “*situadas permanentemente*” en vías públicas. Cabría pensar, por tanto, que el art. 35.2 TRLPI también es aplicable cuando la decisión de ubicar la obra en el espacio público la ha tomado su propietario *motu proprio*. Así, por ejemplo, cuando el dueño de un relieve o una escultura los saca al exterior y los coloca en la fachada del edificio. Sin embargo, la interpretación razonable del art. 35.2 TRLPI lleva a alinearlo con la Directiva. Aunque el art. 35.2 TRLPI no lo diga, la obra ha de haberse concebido para estar en la vía pública o, en otro caso, habrá que contar con el permiso del autor. Una afectación tan importante de los derechos de este no debe quedar al arbitrio del propietario del objeto¹¹⁵.

Por coherencia, lo dicho para el art. 35.2 TRLPI debe aplicarse también al importante art. 56.2 TRLPI, que atribuye a los propietarios de obras de artes plásticas o fotográficas el derecho de exposición, salvo pacto en contra¹¹⁶. ¿Qué sucede si el propietario decide exponer la obra mediante su ubicación permanente en un lugar público? ¿Debe verse por ello despojado el autor de los derechos a los que se refiere el art. 35.2 TRLPI? En nuestra opinión,

115. Por ello el límite también puede aplicarse a obras situadas permanentemente en un lugar público con autorización del autor aunque, en su momento, no se creara con tal objeto y el consentimiento sea sobrevenido. Lo que importa es la voluntad del autor, como destacaba la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 3, sentencia de 9/9/1995 (*Caso Menceyes Guanches*, ECLI: ES:APTF:1995:2) para justificar la aplicación del límite del actual art. 35.2 TRLPI a un grupo escultórico explotado mediante la edición de postales (*vid.* FD 2).

116. El art. 56 TRLPI sienta una regla general y una excepción. Según la regla general (art. 56.1): “*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*”. Según la excepción (art. 56.2): “*No obstante, 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, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, 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*”. Se trata de una excepción muy polémica. Sobre todo por dos motivos. En primer lugar porque supone un cambio de criterio radical respecto a lo previsto en el art. 9 de la LPI de 1879, vigente hasta su derogación por la LPI de 1987 y que preveía exactamente lo contrario: “*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 su derechohabiente*”. Este cambio de criterio plantea un serio problema de derecho transitorio en el caso de las obras que el artista enajenó antes del 7/12/1987, fecha de entrada en vigor de la LPI de 1987. La segunda cuestión se refiere al alcance del eventual pacto en contra que el art. 56.2 TRLPI admite. La mayoría de la doctrina entiende que tal pacto es eficaz *erga omnes*, en la medida en que impide la transmisión del derecho y, por tanto, el adquirente de la obra no podría transmitir a terceros lo que él no tiene. No faltan sin embargo opiniones discrepantes. *Vid.* Juan José MARÍN LÓPEZ, “*La contratación de obras por encargo y la compraventa de obras plásticas*”, en AA.VV. *Protección del derecho de autor de los creadores visuales*, ed. Fundación Arte y Derecho, 2005, p. 229-234.

sería razonable responder en sentido negativo. Una cosa es ceder un cuadro para su exposición temporal o incluso indefinida en un museo o galería y otra muy diferente ubicarlo de forma permanente en un espacio abierto al público. Aunque razonable, bastante erosión de los derechos del autor supone el art. 56.2 TRLPI como para aplicarle además el efecto multiplicador del art. 35.2 TRLPI¹¹⁷.

Finalmente, hay otra diferencia más, la tercera, entre el art. 35.2 TRLPI y el art. 5.3,h) DSI. Este último se refiere de forma genérica a “*lugares públicos*”. El art. 35.2 TRLPI, en cambio, habla de obras situadas en “*parques, plazas, calles y otras vías públicas*”. Aunque la relación es abierta, nuestra norma parece poner el foco de atención en la titularidad pública del espacio. La fórmula de la Directiva, en cambio, es más flexible y da cierto margen para entender que lo verdaderamente relevante es la visibilidad desde un lugar público. Dicho de otra manera, lo que importa no es tanto dónde está la obra como dónde está el público que puede verla. La mayoría de edificios –uno de los ejemplos del art. 5.3,h) de la Directiva– está en suelo privado, aunque su exterior es visible desde suelo público o, más ampliamente, desde espacios a los que el público tiene libre acceso¹¹⁸. Lo mismo sucede con las esculturas que adornan las fachadas de iglesias y otros templos o con los grafitis pintados en medios de transporte propiedad de particulares.

Por tal razón se presta a debate la interesante sentencia de “*La casa del acantilado*” (Audiencia Provincial de Madrid, sec. 28, 16/6/2014, ECLI:ES:APM:2014:11756). Los hechos son bastante sencillos. En una revista de arquitectura se habían publicado varias fotografías de una casa singular. Ante la demanda del arquitecto, que denunciaba la infracción de sus derechos de autor, los demandados invocaban el art. 35.2 TRLPI, entre otras alegaciones. La resolución trata con acierto la cuestión de la protección de las obras arquitectónicas y el problema de su originalidad. Pero, en lo que aquí interesa, en cuanto al art. 35.2 TRLPI se ajusta a su literalidad y exige la titularidad pública del lugar en que se ubica la obra: “*la edificación de que tratamos*

117. Contra esta opinión, no obstante, *vid.* Juan José MARÍN LÓPEZ, “*La contratación de obras por encargo y la compraventa de obras plásticas*”, *cit.*, p. 225. En relación con esta problemática cabe mencionar la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 15.ª, de 4/5/2004 (*Caso Revista de interiorismo*, ECLI: ES:APB:2004:5500), en el que se entendió que el propietario de una casa podía autorizar la realización de un reportaje fotográfico de su interior sin contar con el consentimiento del arquitecto que lo diseñó. La sentencia consideró aplicable el art. 56.2 TRLPI, aunque en rigor un reportaje fotográfico no sea un caso de “exposición” en el sentido legal.

118. Por supuesto, cuando se trata de edificios, la norma se limita al exterior. No parece correcto entender que, porque un edificio está en un lugar público, cabe autorizar al amparo de esta norma un reportaje de su interior en una revista de decoración, como en el ya citado *Caso Revista de interiorismo* (SAP Barcelona, sec. 15, 4/5/2004, ECLI: ES:APB:2004:5500).

no se encuentra situada en ninguna vía pública sino en el interior de una finca, siendo esta –la finca y no la edificación– la que en su caso podría lindar con una vía pública” (FD 4). No queda claro si el edificio estaba muy alejado o no. Muchos edificios están separados de la vía pública unos pocos metros y no parece que eso deba excluirlos del art. 35.2 TRLPI. Lo importante, conviene recordar, no es la titularidad del lugar en el que físicamente está la obra sino la accesibilidad del lugar desde el que el público puede verla. Se daba además la circunstancia de que la fotografía litigiosa no captaba la fachada principal de la casa sino la posterior que daba a un acantilado. ¿Podía aplicarse en esas circunstancias el art. 35.2 TRLPI? La respuesta de la sentencia fue negativa. En su motivación se mezclan razones muy acertadas con otras que quizá no lo sean tanto. Por lo visto las fotos se tomaron desde la propia finca, pero los demandados alegaban que podrían haberse tomado desde su exterior. A ello la sentencia opone una lectura estricta del criterio de ubicación, según el cual la obra ha de “estar en” una “vía pública”: “[...] el sentido del límite que contempla el art. 35.2 no se encuentra en que el objeto pueda ser captado por procedimientos más o menos alambicados o desde lugares poco previsibles sino en que ese objeto se encuentre ‘situado’ precisamente en –o linde con– una vía pública, y en tal sentido nunca podría afirmarse que el acantilado sobre el que se asienta la parte de la vivienda que comentamos constituya una ‘vía pública’, esto es, un espacio del dominio público caracterizado por su aptitud para el tránsito de peatones y/o la circulación de vehículos”. La sentencia no descarta la posibilidad de una lectura alternativa centrada en la ubicación del público, pero aun así sigue negando la aplicación del art. 35.2 TRLPI: “A mayor abundamiento, aunque tomásemos como referencia, no el lugar en el que la edificación se asienta de modo permanente, que es lo que el precepto legal nos indica, sino el lugar desde el que la apelante propone que podría obtenerse la instantánea, seguiría resultando manifiesto que ni el mar ni el espacio aéreo caen tampoco dentro del concepto de vía pública por más que se trate de espacios pertenecientes al dominio público” (FD 4).

Se trata de una buena sentencia, como cabía esperar de la acreditada trayectoria de la sección de la que procede. Pero parece reflejar –un poco– una cierta visión *de tierra adentro*. Si la competencia hubiera correspondido a los tribunales del lugar de la finca y no a los del domicilio de la editorial demandada, acaso la decisión hubiera sido diferente. El mar es un “lugar público”. Para quienes viven a sus orillas incluso una “vía pública” ancestral, aunque no lo sea en el sentido urbanístico del término. Tampoco es vía pública el fondo del mar y, sin embargo, no por ello habrá que negar la aplicación del art. 35.2 TRLPI a las esculturas del *Museo Atlántico* de Lanzarote ubicadas a una decena de metros bajo la superficie. Lo que puede verse desde el mar o desde un río puede verse afectado por el límite del art. 35.2 TRLPI¹¹⁹. Lo decisivo es la voluntad del autor de colocar

119. Cabe traer a colación el *Caso Kussmund (Kissmouth)* en el que el Tribunal Supremo alemán (BGH) admitió la aplicabilidad del límite que nos ocupa a una obra

su obra en un lugar –privado o no– desde el que pueda ser libremente vista por el público, sin emplear medios excepcionales que el autor con seguridad no contempló. Por tal razón, acierta la sentencia que se viene comentando cuando rechaza aplicar el art. 35.2 TRLPI sobre la base de que la imagen era accesible a través de *Google Maps* o *Google Earth*¹²⁰. Lo mismo habría que decir, en principio, si las fotos se obtienen con teleobjetivo o con cámaras instaladas en drones¹²¹. No obstante, hay que considerar cada caso y atender a la intención del artista y a los medios que haya podido tener en cuenta. Quizá las famosas *Líneas de Nazca* no sean el mejor ejemplo, pues se ignora en quién pudieron pensar sus creadores. Pero hay autores que han creado obras que sólo son apreciables desde el aire, usando para ello globos aerostáticos, aviones u otros medios, incluidos drones; y no lo han hecho, como Fidias, sólo para los dioses¹²².

Menos claro resulta el caso de algunos espacios de titularidad privada abiertos al público. De nuevo puede servirnos el ejemplo del templo, religioso o laico. ¿Qué hay de las pinturas o esculturas en el interior de una iglesia? ¿Y el mural de azulejos o los frescos pintados para decorar el interior de un bar?¹²³

plástica pintada sobre la proa, amuras y costados de los barcos de la compañía de cruceros *Aida*. Sentencia de 27/4/2017, I ZR 247/15, disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=78753&pos=0&anz=1>.

120. “En cuanto a la posibilidad, que la apelante sugiere, de que la fotografía pudiera obtenerse mediante la herramienta informática conocida como ‘Google Maps’, continuaría estando latente el problema de la ubicación del edificio: la cuestión sigue siendo, no la de determinar desde donde o a través de qué procedimiento podría obtenerse la fotografía, sino si el objeto a reflejar en ella se asienta o no en una ‘vía pública’” (Caso *La casa en el acantilado*, Audiencia Provincial de Madrid, sec. 28, de 16/6/2014, ECLI:ES:APM:2014:11756; FD 4). El argumento de la ubicación (estar o no en un lugar público) no es del todo acertado, como queda dicho. Pero no hay duda de que podría usarse en una eventual demanda contra la propia empresa *Google*. Al margen de lo que puedan hacer los usuarios con las imágenes (p.e. publicarlas en una revista), lo cierto es que, al prestar el servicio, *Google* reproduce y comunica obras que no son accesibles a simple vista desde lugares públicos.
121. *Vid.* en este sentido Sebastián LÓPEZ MAZA, Comentario al art. 35, en Rodrigo BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Madrid 2017, pp. 702-703.
122. Hace un tiempo la prensa española daba cuenta de un mural pintado sobre el techo de las abandonadas instalaciones de *Radio Liberty*, en el litoral de Gerona, solo apreciable en su conjunto desde el cielo. El 17/9/2018 el diario “*La Vanguardia*” publicó un breve artículo con una fotografía a todo color, obtenida desde un avión o con algún dispositivo tipo dron. ¿Vulneración de derechos de propiedad intelectual? ¿Aplicabilidad del límite del art. 35.2 TRLPI? ¿Posibilidad de recurrir sólo, con los consiguientes condicionantes, al límite para informaciones de actualidad (art. 35.1 TRLPI)?... Cualquiera que sea la conclusión, no hay duda de que la artista, Marina Capdevila, quería que su obra fuera vista por el público. Puede verse una muestra de la obra de la autora en <https://www.marinacapdevila.com/>.
123. *Vid.* la ya citada sentencia, penal, de la Audiencia Provincial de Álava, sec. 1.ª, de 4/7/2003 (Caso *Bar con ambiente okupa*, ECLI: ES:APVI:2003:253). Se trataba de un bar “decorado” con grafiti y pintadas que le daban un cierto “aire o ambiente okupa”. El

¿Están en un lugar público las obras que se exhiben en los museos?... Para templos religiosos tenemos una respuesta judicial expresa en el ya mencionado *Caso Sagrada Familia*, en el que la Audiencia Provincial de Barcelona rechazó la posibilidad de aplicar el art. 35.2 TRLPI al interior del edificio¹²⁴. Es un criterio razonable y extrapolable a los otros casos, en particular el de los museos. Un “lugar abierto al público” no es necesariamente un “lugar público”. En definitiva, como se viene diciendo, lo que importa es dónde está el público: desde dónde puede verse la obra libremente, sin necesidad de pagar una entrada u obtener la autorización previa de alguien.

Una adecuada interpretación del concepto “lugar público” es por tanto esencial. La mayoría de los grafiti y obras de arte urbano no están en soportes de titularidad pública. Basta pensar en el mural que embellece la pared que separa un edificio del solar adyacente. Ese mural puede estar alejado muchos metros de cualquier calle o plaza. Pero está en un lugar público en el sentido que debe darse a esta expresión en el art. 35.2 TRLPI. La obra puede ser vista por un conjunto indeterminado y amplio de personas no sujetas a controles de acceso al lugar en que se hallan¹²⁵. Esta lectura del art. 35.2 TRLPI permite también dar por cumplida la exigencia de que la obra haya sido “creada para” ubicarse permanentemente en un lugar público o, en cualquier caso, que tal destino sea aceptado e incluso querido por el autor.

2.2. Coincidencias entre la Directiva y el art. 35.2 TRLPI

Hay otros aspectos del límite en los que la ley española y la Directiva coinciden. Pero no por ello deben quedar sin comentar. Serían tres: la exigencia de “permanencia”; los derechos afectados; y, finalmente, el hecho de que no se prevea una compensación económica para los titulares.

problema, sin embargo, no se abordó como un caso de propiedad intelectual sino de daños a la propiedad en el marco de un contrato de arrendamiento (el arrendatario permitió los grafiti y pintadas sin contar con el consentimiento del propietario arrendador). La sentencia condenó por un delito de daños: “*No es un mero deslucimiento sino un real menoscabo, no encontrándonos ante meros garabatos o manchas, siendo el coste [de] la limpieza de los graffitis[...] 6.292 euros*” (FD 2).

124. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 15, de 28/3/2006 (ECLI: ES:APB:2006:3390): “*El artículo 35.2 de la LPI [no] incluye en su protección al interior del edificio. [...] El precepto se enmarca dentro de los límites de los derechos de propiedad intelectual [...]. De ahí que no deba admitirse una interpretación extensiva del precepto. [...] la teleología del precepto va encaminada a excluir de la tutela las obras sitas en la vía pública, y este concepto no se aviene con el interior del templo. El interior de un templo, considerado éste como obra arquitectónica susceptible de tutela por la LPI como hemos señalado anteriormente, no puede considerarse, a los efectos del precepto, cualquier otra vía pública*” (FD 10).

125. Sobre el concepto de “público” como grupo de personas cualitativamente “indeterminado” y cuantitativamente “considerable” o al menos no insignificante, puede verse, como más reciente, la STJUE 28/10/2020 (*Caso prueba fotográfica*, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:863, pfo. 26, con cita de la jurisprudencia anterior).

Tanto la Directiva como la ley española exigen que la obra esté o haya sido creada para estar en un lugar público de forma permanente. ¿Qué sentido hay que dar a la noción de “permanencia”? Las palabras que usamos para describir el tiempo suelen ser bastante equívocas, con la excepción acaso de “eternidad”, cuya cabal comprensión sin embargo nos supera. Lo “efímero” puede durar un instante, pero también muchos años (*la vida es efímera* suele decirse). Otro tanto sucede con lo “provisional” (basta pensar en la longevidad de no pocas leyes aprobadas como tales). ¿Ocurre lo mismo con lo “permanente”? Si acudimos al diccionario de la lengua española veremos que este término se asocia a la inexistencia de limitación de tiempo. No obstante, la permanencia en el sentido legal y la temporalidad no son términos necesariamente antitéticos¹²⁶. La permanencia apunta a una cierta vocación de duración indefinida o, al menos, de un encaje mínimamente estable en el entorno urbano, que acaso sea cambiante en función de la época del año u otras circunstancias. Es la voluntad o intención del autor lo que ha de tenerse en cuenta. Desde ese punto de vista, atendiendo a las circunstancias de cada caso, puede entenderse que los grafiti y el arte urbano en general son “permanentes”, aunque se trate de creaciones perecederas sujetas a las inclemencias del tiempo, al vandalismo y al criterio de los propietarios de los soportes cuando se ha prescindido de su voluntad. ¿No son creaciones para estar “permanentemente” en un lugar público los grafiti pintados en los vagones de tren por el hecho de que, quienes los realizan, son conscientes de que la política de la empresa ferroviaria es proceder a su pronta limpieza? El artista crea con voluntad de permanencia. La eliminación resulta de una voluntad ajena.

La interpretación de la exigencia de “permanencia” es muy relevante por las consecuencias que acarrea. Sin embargo, como se ha visto, dista de ser clara y puede conducir a conclusiones insatisfactorias. La expresión “*libertad de panorama*” resulta más flexible y, desde luego, más capaz de incluir manifestaciones creativas cuya permanencia resulta limitada, incluso a fecha fija. *Carmela* es una escultura de Jaume Plensa (Barcelona, 1955) que se instaló provisionalmente en la calle, en Barcelona, junto al *Palau de la Música*. Como otras instalaciones, y al margen de las posibles prórrogas, no tenía vocación de permanencia indefinida en ese lugar¹²⁷. ¿Quedaba por ello al margen del art. 35.2 TRLPI?... En muchas localidades se engalanan las calles con alfombras florales destinadas

126. No es una cuestión pacífica y, en general, se tiene a considerar que la temporalidad excluye la permanencia. Pero no sin matices que pueden llegar a hacerlas compatibles. *Vid.* en este sentido, Sebastián LÓPEZ MAZA, “Comentario al art. 35 TRLPI”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Madrid, 2017, p. 703. También Julián LÓPEZ RICHART, “Y el vandalismo se hizo arte...”, *cit.*, p. 82.

127. Aunque probablemente, por su formato, sí en *algún* lugar público, cosa que acaso bastaría para cumplir con la exigencia legal. Dejemos ahora a un lado los problemas derivados de un posible cambio del concreto lugar público escogido por el artista. El art. 35.2 TRLPI no se ocupa de esta cuestión. Lo hace el art. 14 LPI, al tratar de los derechos morales.

a ser barridas en uno o dos días. Incluso en el campo del grafiti y del arte urbano en general hay concursos en los que los muros se ceden para usarlos por un tiempo: se crea y se borra a fecha fija, casi como si se tratara de pizarras escolares. ¿Y qué decir de las esculturas guardadas en iglesias pero que, una vez al año, se sacan en procesión?¹²⁸ Hay que admitir, no obstante, que la exigencia legal de permanencia hace muy difícil o incluso imposible aplicar el límite de los arts. 35.2 TRLPI y 5.3,h) DSI a ese género de creaciones que no están en la vía pública o no son visibles desde ella de forma indefinida. Es muy ilustrativo el caso *Wrapped Reichstag*, en el que el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*, BGH) consideró que la obra de Christo (Bulgaria, 1935 – NY, 2020) y Jeanne-Claude (Casablanca, 1935 – NY, 2009), consistente en el empaquetado de un gran edificio durante un par de semanas no cumplía la exigencia de permanencia,¹²⁹ *De lege ferenda*, sin embargo, quizá habría que reconsiderar el alcance de un límite cuyos términos actuales –tanto en la ley española como en la DSI– se alejan bastante de la idea de “libertad de panorama”. En cualquier caso, mientras no se modifique la norma, la única posibilidad de tomar una fotografía de una obra o instalación temporal y publicarla pasa por la eventual aplicabilidad del art. 35.1 TRLPI (informaciones de actualidad)¹³⁰.

La ley española y la Directiva también coinciden en lo referente a los derechos afectados por el límite: reproducción, distribución y comunicación al

128. En el caso de las esculturas procesionales, no hay permanencia en sentido estricto. Pero es indudable que han sido creadas para su exposición periódica en la vía pública. Ese tipo de obras, sin embargo, al margen de que a menudo están ya en el dominio público, no suelen plantear problemas relacionados con el art. 35.2 TRLPI. Sí, en cambio, en relación con el derecho a la integridad como consecuencia de pequeñas modificaciones u operaciones de restauración. *Vid.* por ejemplo, los casos de *La Virgen de la Caridad* (sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 1, de 24/10/1995, Revista General de Derecho, 624/1996, pp. 10954 y ss.) y *Nuestro Padre Jesús Preso* (sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 2, 17/2/1996).

129. BGH, 24/1/2002, I ZR 102/99, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f625d4e1ac784e33c8736c3b036ae553&Sort=3>. En relación con esta obra, cabe mencionar que el *Copyright Office* de los EE.UU. denegó su inscripción. En la resolución del “*Appeals Board*” se decía que no había creación original pues el empaquetado seguía las líneas y contorno del edificio. Además, se añadía, lo que se estaría protegiendo, caso de acceder a la inscripción, sería más la idea que la expresión, que admite pocas variantes (*Wrapped Reichstag, Berlin, 1971-1995 Control No. 60-504-9973 Decision of Appeals Board, U.S. Copyright Office, October 1, 1997*).

130. Con ocasión de los trabajos preliminares que darían lugar a la Directiva 2019/79, sobre derechos de autor y afines en el mercado único digital (DMUD), se discutió ampliamente sobre la libertad de panorama y su posible reforzamiento. Es conocida la iniciativa impulsada en el Parlamento Europeo por la diputada Julia Reda (*vid. Proyecto de Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la DSI de 15/1/2015*, pp. 11-12, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-546580_ES.html) Sin embargo, la idea de dar imperatividad al límite ya reconocido en el art. 5.3,h) DSI no prosperó. *Vid.* Informe sobre la Propuesta de Directiva, 29/6/2018, enmienda 54, propuesta de nuevo art. 5 bis. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_depotes/rapports/2018/0245/P8_A\(2018\)0245_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_pleniere/textes_depotes/rapports/2018/0245/P8_A(2018)0245_ES.pdf).

público. Ambas omiten referirse al derecho de transformación, que ha quedado al margen de la armonización. Hay acuerdo en que el silencio implica una clara negativa, como puso de relieve la Audiencia de Barcelona en el ya citado *Caso Sagrada Familia*. El art. 35.2 TRLPI, dijo la Audiencia, “[no] permite que las obras expuestas en la vía pública puedan ser, aunque solo afecten al exterior, transformadas o alteradas o modificadas al libre albedrío de un tercero, manteniéndose estos supuestos fuera del alcance de dicha limitación la cual, en su propio tenor literal, sólo abarca actos de reproducción, distribución o comunicación de la obra original, tal cual se presenta en la realidad” (FD 10). Esta precisión es importante pues hay quien se dedica a hacer y vender reproducciones a pequeña escala de edificios y esculturas ubicadas en la vía pública; algo que requiere el consentimiento del titular de la propiedad intelectual¹³¹.

Finalmente, la Directiva y la ley española coinciden también en no hacer referencia al eventual carácter comercial de la utilización. Los términos del art. 35.2 TRLPI son de una gran amplitud en cuanto a los actos permitidos y a los medios utilizables. Las obras de que se trata “*pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales*”. Nótese que no se mencionan finalidades específicas, a diferencia de lo que sucede con otros límites orientados a satisfacer necesidades educativas, culturales o informativas. En su tenor literal, el límite del art. 35.2 TRLPI ampara utilidades comerciales, tanto directas como indirectas. Y aún más: no se prevé compensación económica alguna para los afectados. Por tanto, la ley española configura el límite como una auténtica “excepción”¹³². Nada impediría, sin embargo, convertirlo en una “limitación” y establecer la necesidad de una compensación, al menos cuando se pretenda hacer un uso comercial directo de la obra afectada (*vid.* Considerandos 35 y 36 DSI) y siempre que esa utilización no se entienda ya excluida por la *prueba de los tres pasos*, que es seguramente lo primero que habría que valorar.

Parecen abrirse así dos vías para manejar el art. 35 TRLPI. La primera consistiría en reformar la ley para ajustar la finalidad del límite y, en particular, excluir expresamente los usos comerciales (al menos los directos), favoreciendo en lo demás una interpretación generosa en línea con lo que parece indicar la expresión “libertad de panorama”. La segunda pasaría por

131. *Vid.* también el *Caso El cartero*, Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, sec. 28, 22/1/2016 (ECLI:ES:APM:2010:298). Se trataba de una réplica, a escala reducida, de la estatua de un cartero instalada en una vía pública. La sentencia rechazó la aplicación del art. 35.2 TRLPI: “*Resulta igualmente inadmisibile la postura de la demandada acerca de la libertad para la reproducción de la obra original por estar la misma situada en la vía pública, con amparo en lo estipulado en el artículo 35.2 de la Ley de Propiedad Intelectual en su redacción vigente al tiempo de formularse la demanda, cuando dicho precepto lo que habilita es la reproducción por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales pero no habilita la realización de una réplica material de la estatua que es lo que acontece en el presente caso*” (FD 2).

132. *Vid. supra* nota 109.

mantener la norma sin modificaciones pero realizando una interpretación estricta, para reducir al máximo el número de obras afectadas y actos permitidos. La interpretación literalista del art. 35.2 TRLPI ha hecho posible incluir en el límite la explotación de esculturas mediante la edición de postales (*Caso Menceyes Guanches*¹³³) y excluir de él las reproducciones a escala para su venta como recuerdos o *souvenirs* (*Caso Raqueros*¹³⁴). En una lectura más finalista, en cambio, se ha negado que el art. 35.2 TRLPI permita la realización de postales, pegatinas, posavazos, ceniceros, llaveros y otros objetos reproduciendo la conocida imagen de un toro bravo cuya silueta puede verse aún desde algunas carreteras españolas (*Caso Toro de Osborne*¹³⁵). Quizá lo más interesante de este último caso sea el hecho de que la Audiencia de Sevilla invocó –no más– el art. 40 bis TRLPI (*prueba de los tres pasos*) para rechazar que el art. 35.2 TRLPI pudiera dar cobertura a las formas de explotación indicadas “*en cuanto puede entenderse que por parte de la entidad recurrente tan sólo se ha consentido la explotación [de la imagen] con una dimensión estricta o predominantemente cultural*” (FD 6)¹³⁶. Esa es probablemente la línea a seguir. Los usos comerciales deberían quedar sujetos al control de los autores. También por razones de carácter moral.

La cuestión es de la mayor relevancia para aquellos artistas que se oponen a toda forma de mercantilización directa o indirecta de su obra. Son muchas las empresas que han captado el potencial publicitario del arte de la calle y han decidido servirse de él. Los conflictos no se han hecho esperar¹³⁷. Es bien

133. *Caso Menceyes Guanches*, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 3, sentencia de 9/9/1995, ECLI: ES:APTF:1995:2.

134. *Caso Raqueros*, Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 4, sentencia de 5/4/2006, ECLI: ES:APS:2006:626. Cabe observar que la escultura o grupo escultórico se había realizado por encargo. No está claro si fue el Ayuntamiento o la Comunidad Autónoma, pero sí que esta circunstancia no afecta a los derechos: “*fuera quien fuese el encargante de la obra, el autor ostentaría los derechos de propiedad intelectual sobre ella*” (FD 1).

135. *Caso Toro de Osborne*, penal, Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 1, 31/1/2006, ECLI: ES:APSE:2006:1. La silueta de un toro bravo fue durante mucho tiempo el emblema –y marca– de una conocida empresa dedicada a la producción y venta de licores. Como forma de promoción, la empresa colocó reproducciones a gran escala de la silueta del toro en un número apreciable de fincas –privadas– vecinas a la red de carreteras del Estado y perfectamente visibles a gran distancia desde los vehículos. La Ley de Carreteras de 1988 y su Reglamento de 1994 obligaron a retirarlas por su naturaleza publicitaria. Pero diversos grupos y entidades pidieron que se mantuviera por su valor cultural y simbólico como emblema, no ya empresarial, sino nacional. Este enfoque colocó al toro de Osborne en el punto de mira de los grupos antitaurinos (acciones de derribo y pintadas varias) y de los nacionalismos territoriales (eliminación total en Cataluña, asociada a la prohibición del espectáculo del toreo en el territorio de la Comunidad Autónoma).

136. *Vid.* en el mismo sentido Sebastián LÓPEZ MAZA, *Comentario al art. 35*, en R. BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Madrid 2017, pp. 705-706.

137. Para una visión de conjunto, *vid.* Ronald KRAMER, “*Graffiti and Street Art: Creative Practices Amid ‘Corporatization’ and ‘Corporate Appropriation’*”, en E. BONADIO (ed.), *The Cambridge Handbook*, cit, pp. 26 y ss.

conocido por ejemplo, también entre nosotros, el caso de *Revok* (seudónimo de Jason Williams, California, 1971) contra la empresa sueca *HM* o, mejor, de esta contra *Revok* pues fue *HM* la que acudió a los tribunales, buscando una sentencia declarativa, ante las quejas y amenazas de acciones por parte del artista por un anuncio publicitario en el que aparecía como fondo una de sus obras. El argumento básico de *HM* era que *Revok* carecía de derechos al haber pintado ilegalmente sobre un pequeño frontón instalado en un parque público Nueva York. Finalmente, sin embargo, no hubo sentencia pues *HM* retiró la demanda ante el alud de críticas recibidas y la consiguiente mala imagen para la compañía¹³⁸. También son conocidas las demandas de “*Smash 137*” (seudónimo de Adrian Falkner, Basilea, Suiza) contra *General Motors*¹³⁹ y de James Lewis y otros contra *Mercedes Benz*, por los mismos motivos¹⁴⁰.

138. *HM* o la agencia publicitaria se habían dirigido previamente al Ayuntamiento para interesarse por la obra, los posibles derechos y, en su caso, permisos necesarios. Al parecer el Ayuntamiento respondió que el grafiti no había sido autorizado y que no era más que vandalismo contra los bienes municipales. Sobre el *Caso HM c Revok* hay abundante información disponible en Internet. Vid., por todos, Enrico Bonadio, “*Big brands ripping off street art is not cool: why illegal graffiti should be protected by copyright*”, <https://theconversation.com/big-brands-ripping-off-street-art-is-not-cool-why-illegal-graffiti-should-be-protected-by-copyright-93439>. Un video incitando al boicot de los productos de *HM*, con imágenes del anuncio, puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=oiKThH1NMFE>.

139. *Smash 137* había realizado por encargo de una galería de arte de Detroit un mural en un edificio de aparcamientos. El autor escogió tanto el asunto como la ubicación en el cubo de acceso peatonal a la planta superior al aire libre. Tiempo después, un fotógrafo tomó una imagen de un automóvil –un *Cadillac*– en la que aparecía parte del mural, aunque no la firma del autor. La foto fue utilizada con fines publicitarios por *General Motors*. Ante la demanda del artista, la empresa alegó que el mural formaba parte de una obra arquitectónica y, por tanto, era de aplicación la *Architectural Works Copyright Protection Act* [AWCPA, sec. 120, del Título 17 (Copyrights) del *United States Code*, <https://uscode.house.gov/>]. De acuerdo con el apartado (a) de dicha sec. 120 (“*Scope of the exclusive rights in architectural works*”): “*The copyright in an architectural work that has been constructed does not include the right to prevent the making, distributing, or public display of pictures, paintings, photographs, or other pictorial representations of the work, if the building in which the work is embodied is located in or ordinarily visible from a public place*”. Por tanto, el titular del *copyright* sobre la obra arquitectónica edificada no puede oponerse a la realización y explotación de fotografías, dibujos etc. La cuestión es entonces saber si lo pintado sobre los muros del inmueble es también edificio y más en concreto, parte integrante de la obra arquitectónica. Tal era la tesis de *General Motors*. El juzgado, sin embargo, la rechazó. A su juicio, el mural no era parte de la obra arquitectónica, entre otras cosas porque se añadió cuando esta ya había sido concluida [vid. Falkner v. General Motors LLC, 393 F.Supp.3d 927 (C.D. Cal. 2018), 17/9/2018, disponible en <https://www.lob.com/-/media/files/publications/2018/09/falknervgeneralmotors.pdf> y en <https://casetext.com/case/falkner-v-gen-motors-llc>]. Vid. también Enrico BONADIO, “*Street Art, Graffiti and Copyright: A US Perspective*”, en E. BONADIO (ed.), *The Cambridge Handbook*, cit. pp. 111-113.

140. La empresa *Mercedes*, contando con el correspondiente permiso municipal, tomó varias fotografías de uno de sus modelos en diferentes lugares de Detroit y subió algunas de ellas a su cuenta de *Instagram*. En las fotos podían verse murales que

¿Cómo se habrían resuelto estos casos de haberse planteado ante los tribunales españoles? Dejando ahora a un lado los problemas derivados de la omisión del nombre de los autores, la controversia habría pivotado sobre el alcance del art. 35.2 TRLPI. Las empresas habrían sostenido que, formaran o no parte de la obra arquitectónica, se trataba de murales situados permanentemente en vías públicas o, al menos (*caso General Motors*), en lugares abiertos al público y que, en esa situación, la norma permite la reproducción, distribución y comunicación al público sin excluir fines comerciales ni imponer pagos. Los artistas, por su parte, aducirían que la norma en cuestión debe interpretarse de acuerdo con su finalidad y respetando la prueba de los tres pasos (arts. 40 bis y 31 ter.2 *supra* TRLPI), cosa que excluye no sólo la explotación comercial directa (pósters, camisetas, tazas, protectores de móvil y en general productos de *merchandising* o promoción comercial) sino también la indirecta o secundaria (como elemento de campañas publicitarias de automóviles, ropa u otros bienes y servicios). La lectura más razonable es la segunda y quizá estaría bien, como ya se ha apuntado, una reforma de la norma que facilitara a nuestros tribunales su interpretación y aplicación.

diversos artistas urbanos habían creado en diferentes ediciones del festival *Murals in the Market*. Los artistas (Lewis, Bombardier y Soto y Gramajo) amenazaron a Mercedes con demandas judiciales y la empresa, al igual que *HM* ante los requerimientos de Revok, se anticipó acudiendo a los tribunales para que estos reconocieran la licitud de su actuación. La controversia se centró en dos puntos. El primero ajeno a lo que ahora interesa, pero curioso: los artistas se oponían a la acción de Mercedes con el argumento de que no podía plantearse antes de que ellos hubieran inscrito sus obras en el Registro de la Propiedad Intelectual. Por supuesto, esa sorprendente forma de intentar sacar partido de la doctrina del TS acerca del alcance de la inscripción registral no tenía recorrido alguno y fue rechazada (sobre el alcance de la exigencia de inscripción en los EE.UU tras su adhesión al Convenio de Berna, *vid.* en el blog de ALADDA, “Modelos, paparazzi y Registro de la Propiedad Intelectual: Gigi Hadid y el Tribunal Supremo de los EE.UU.”, <http://aladda.es/modelos-paparazzi-y-registro-de-la-propiedad-intelectual-gigi-hadid-y-el-tribunal-supremo-de-los-ee-uu/>). El segundo punto es el que ahora interesa. Al igual que en el caso de *General Motors*, los artistas rechazaban la aplicación de la AWCPA [sec. 120 (a) U.S.C] aduciendo que sus creaciones no formaban parte de la obra arquitectónica. También hay una referencia a este caso en Enrico BONADIO, “Street Art, Graffiti and Copyright: A US Perspective”, en E. BONADIO (ed.), *The Cambridge Handbook*, *cit.* pp. 111-113. Con posterioridad a este trabajo de BONADIO, la USDC Eastern District of Michigan Southern Division, rechazó la desestimación preliminar (“*motion to dismiss*”) solicitada por los artistas demandados. Tras un análisis de la jurisprudencia invocada, el juez concluyó que: “Overall, Mercedes has alleged a plausible claim that section 120(a) of the AWCPA protects Mercedes’s right to photograph publically visible buildings which contained defendants’ murals. Whether they will prevail on this claim is not before the Court at this time” (*Memorandum and Order Denying Defendants’ Motion to Dismiss*, 11/9/2019, p. 14). La decisión fue confirmada mediante resolución de 18/11/2019 [*Mercedes Benz, USA, LLC v. Lewis*, 2019 WL 4302769 (E.D. Mich. Sept. 11, 2019)]. De acuerdo con la información disponible, parece que las partes habrían llegado a una solución pactada. Para la decisión y demás documentos del caso, *vid.* <https://www.docketbird.com/court-cases/Mercedes-Benz-USA-LLC-v-Lewis/mied-2:2019-cv-10948>.

VII. DERECHOS MORALES

Los derechos morales de los autores están reconocidos en España de forma general desde la LPI de 1987¹⁴¹. Se trata de derechos adquiridos con la creación (arts. 1 y 2 TRLPI) y configurados como “*irrenunciables e inalienables*” (arts. 14 TRLPI). Caben pactos sobre algunos aspectos de su ejercicio, pero no sobre su existencia y titularidad. Todos los autores los ostentan. El hecho de que se trate de grafiti o de arte urbano y la eventual ilegalidad de la creación no cambian las cosas. Los derechos morales –o facultades del derecho moral– de los autores se enumeran en el art. 14 TRLPI. En general se acepta que se trata de una relación cerrada: tomar las decisiones relevantes sobre la divulgación de la obra (divulgar o no; forma de hacerlo; eventual anonimato o uso de seudónimo; art. 14.1 y 2); atribución o paternidad (art. 14.3); integridad (art. 14.4); modificación (art. 14.5); arrepentimiento (art. 14.6); y, finalmente, acceso al ejemplar único o raro de la obra (art. 14.7). Sin perjuicio de algún comentario sobre los otros, en el caso del grafiti y el arte urbano la atención deberá centrarse sobre todo en el derecho a la integridad.

1. DIVULGACIÓN Y ATRIBUCIÓN

Divulgar o no y cómo hacerlo es la gran decisión de todo autor. Tiene sentido que sea el primer derecho moral de la lista. En el caso del grafiti y el arte urbano las obras se crean por lo general –o con mucha frecuencia– directamente en espacios públicos o visibles por el público, aunque la ejecución sea nocturna y clandestina. Se podría decir que las obras nacen ya divulgadas, lo que hace improbable que se produzcan conflictos con esta facultad del autor. Es verdad que en una obra creada por encargo puede existir algo parecido a un

141. Antes ese reconocimiento era más limitado, como tuvo ocasión de comprobar el escultor Pablo Serrano (Crivillén, 1908 – Madrid, 1985) en el que se conoce como *Caso Pablo Serrano I*, originado por la retirada y desmontaje de una de sus esculturas (“*Viaje a la luna en el fondo del mar*”), realizada por encargo y ubicada en el vestíbulo de un hotel. El Tribunal Supremo negó que el autor ostentara el derecho moral de integridad que alegaba (sentencia de 21/6/1965, pronunciada bajo la vigencia de la anterior LPI de 1879). En el *Caso Pablo Serrano II* de desestimó la demanda de los herederos del escultor que alegaban esta vez no el derecho moral sino la libertad de creación reconocida en el art. 20.4 de la Constitución de 1978 (sentencia de 9/12/1985, asimismo anterior a la LPI de 1987, ECLI: ES:TS:1985:1688). El caso se cerró con una sentencia del Tribunal Constitucional, que denegó por prescripción la petición de amparo (STC 35/1987, de 18 de marzo). Fue la repetida LPI de 1987 la que introdujo una generosa protección para el derecho moral, que se mantiene en la legislación hoy vigente, para todos los autores, cualquiera que sea su nacionalidad (art. 199.5 TRLPI) y al margen de la fecha de su muerte (Disposición Transitoria 6.^a LPI). Aunque sin tanta generosidad, también se reconoce el derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 113 TRLPI). La imagen de la obra puede verse, junto con un comentario del caso, en R. SÁNCHEZ ARISTI, “*La Propiedad Trenzada*”, *cit.*, apdo. 26.

acto inaugural, de modo que sea el comitente y no el autor quien materialice la divulgación. Pero ese ejercicio del derecho por medio de tercero, frecuente en bastantes sectores, no plantea mayores problemas¹⁴². En el caso de las obras plásticas o visuales basta recordar el art. 56.2 TRLPI, basado en la presunción de que el artista cede el derecho de exposición y concede la autorización necesaria para que el propietario proceda a la divulgación cuando lo estime oportuno.

Es difícil que se den divulgaciones no autorizadas. Acaso cabría pensar en la ejecución de un *stencil* con una plantilla cuyo autor aún no ha utilizado; o en un artista que insatisfecho con su obra la encala o ejecuta otra sobre ella para ver, más tarde, como alguien la saca a la luz sin su consentimiento, tras retirar la capa que la cubre. Sería un supuesto raro pero no imposible¹⁴³. Echándole imaginación hasta se puede recordar la escena de la película *The Thomas Crown Affair* (1999), en la que, al activarse el sistema antincendio, se ve aparecer la obra de Monet robada por Crown, a medida que se va disolviendo la falsa pintura que la recubre. Teniendo en cuenta los alardes de algunos artistas como *Banksy* es perfectamente posible que cualquier elucubración académica acabe siendo superada por la realidad.

Lo que sí puede dar lugar a conflictos es la posible decisión del autor de divulgar su obra en forma anónima o valiéndose de un seudónimo no transparente,

142. Como dice Juan José MARÍN LÓPEZ, “la ‘decisión’ sobre la divulgación corresponde única y exclusivamente al autor [...], pero el ‘ejercicio’ de la divulgación puede ser realizado por un tercero a quien el autor haya autorizado” (*El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Cuadernos Aranzadi, 2006, p. 113). Si quien ha adquirido la obra no ejercita el derecho y la obra sigue sin divulgar, el autor podrá hacer valer el derecho moral reconocido en el art. 14.7 LPI, para “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”.

143. En realidad, no es una situación del todo desconocida para los juristas españoles. Al parecer, aunque sin llegar a los tribunales, el problema se planteó con algunas obras sobre cartón del artista hispano-uruguayo Joaquín Torres García (1874–1949). Vid. Juan José MARÍN LÓPEZ, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Cuadernos Aranzadi, 2006, p. 106 y, más ampliamente, Pilar CÁMARA, “El soporte material de una obra plástica: El devenir de cuatro obras del pintor uruguayo Joaquín Torres García”, en *Pe.I: Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 18, 2004, pp. 71 y ss., en particular pp. 77-78. Curiosamente, Torres García fue protagonista de otro hecho en alguna medida relacionado con la problemática que nos ocupa. Tras recibir el encargo de pintar al fresco los muros del salón más importante del *Palau de la Generalitat* de Cataluña y cuando ya había ejecutado la primera serie de los trabajos, fue objeto de críticas tan duras que no se le permitió concluirlos. Los murales estuvieron cubiertos con telas, hasta que algunos de ellos se pudieron retirar y exponerse en otra sala, a la que se ha dado el nombre del artista. Por lo visto, aun quedarían pinturas de Torres García detrás de las que actualmente decoran el salón y que, en línea con los deseos del dictador Primo de Rivera, exaltan la contribución catalana a la historia española. Al parecer, la *Generalitat* proyecta retirar esas pinturas y descubrir las de Torres que serían así accesibles al público... ¿de nuevo o por primera vez?

como en el citado caso de *Banksy*. El art. 14.2.º TRLPI reconoce tal posibilidad. Se habla a veces a este propósito de un derecho al anonimato. No es incorrecto, desde luego; aunque conviene evitar malentendidos. Lo que la ley reconoce es el derecho a divulgar la obra anónimamente y, por extensión, exigir que llegue así al público, sea de forma directa (p.e. exposición) o mediante ejemplares (p.e. posters). Pero no cabe oponerse a que alguien investigue y exponga los resultados de sus indagaciones. Sin perjuicio de posibles obligaciones contractuales, que atarán a quien las asuma, el derecho de autor no permite impedir que se desvele la identidad oculta. Quién explote la obra deberá hacerlo respetando el anonimato y, en su caso, el seudónimo escogido. Pero quien simplemente identifique al autor no podrá ser acusado de vulnerar derecho moral alguno. El derecho moral de autor no puede prevalecer sobre el derecho fundamental a investigar e informar¹⁴⁴.

El derecho de paternidad o atribución se recoge en el art. 14.3 TRLPI y tiene por objeto “*exigir el reconocimiento de [la] condición de autor de la obra*”. Ello incluye la posibilidad de darse a conocer en cualquier momento; quizá cuando el riesgo de ser sancionado ya no exista o haya disminuido. Tal decisión sobrevenida no afectará, obviamente, a los actos de explotación lícitos que hubieran podido producirse con anterioridad al amparo de algún límite a la propiedad intelectual. Por lo demás, no siempre será fácil consignar los nombres de los autores afectados. Basta pensar en el caso de la fotografía o el documental en el que aparece una plaza o calle en cuyos muros son visibles obras de un importante número de artistas. También puede ser conflictivo el caso de las fotografías o tomas parciales, en las que no se recoge la firma del autor¹⁴⁵.

En relación con el derecho de paternidad se suscita también a veces la cuestión de la atribución indebida. No obstante, en rigor, tal derecho no permite oponerse a la incorrecta atribución de obras ajenas, al menos en España. Por supuesto, hay medios para reaccionar cuando se producen situaciones de este tipo, que pueden afectar a cualquiera, sea o no autor. Si se atribuye un poema de Leonard Cohen a Bob Dylan, es obvio que Dylan podrá accionar –contra quien sea– en defensa de su nombre, su reputación o, simplemente, la verdad.

144. Sobre esta cuestión *vid.* Cristina VICENT LÓPEZ, *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, ed. RGD, Valencia 1999. Pp. 57 y 58. También Juan José MARÍN LÓPEZ, en su documentado y estimulante estudio *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Cuadernos Aranzadi, 2006, pp. 150-151. Asimismo Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, “Comentario al art. 14”, en R. BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 237.

145. Por poner un simple ejemplo entre muchos, son incontables las fotografías y grabaciones en las que se puede ver el gran mural de la fachada de la terminal vieja del aeropuerto de Barcelona omitiendo el lugar en el que figura la firma de sus autores, Joan Miró y Josep Llorens Artigas (Barcelona, 1892-1980). Este es precisamente uno de los aspectos controvertidos en el ya citado caso *Smash 137 c. General Motors*, supra nota 138.

Pero lo mismo podría hacer cualquier otra persona a la que se atribuyera indebidamente ese mismo poema. Sólo Cohen podría invocar el derecho moral de paternidad. El derecho de autor protege a los autores como creadores, no como profesionales (pintores, escritores, músicos...). Cualquiera tiene derecho a que no se le atribuyan creaciones ajenas. Pero los medios para deshacer el equívoco no pasan por el estatuto de autor, al menos en España¹⁴⁶.

2. INTEGRIDAD

Teniendo en cuenta las características del grafiti y el arte urbano, probablemente el derecho moral más conflictivo sea el de integridad. De acuerdo con el art. 14.4 TRLPI, el autor puede: “*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*”¹⁴⁷. Desde el punto de vista práctico es importante tener presente la posible existencia de alguna relación jurídica entre el autor y el eventual infractor pues en tal caso podría existir un deber de conservación o, al menos, de diligencia.

Cuando la obra es el resultado de un encargo o, de alguna manera, se realiza en el marco de un acuerdo con el titular del soporte, sea este el propietario del edificio o un arrendatario con facultades para ello (el típico caso de la persiana de un local de negocio), cabría esperar que se especificaran las obligaciones y responsabilidades asume —o no— el comitente y, en particular, en qué circunstancias cabe la destrucción de la obra¹⁴⁸. En la práctica, sin embargo, hay o ha habido

146. Este planteamiento es coherente con la concepción de la autoría como una relación con obras concretas y no como una posición subjetiva desvinculada de éstas. *Vid.* en este sentido Juan José MARÍN LÓPEZ, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Cuadernos Aranzadi, 2006, pp. 140-141. En otros países, en cambio la falsa atribución se protege mediante el derecho moral. *Vid.* por ejemplo la CDPA del Reino Unido (*Copyright, Designs and Patent Act*), cuya sec. 84 (*sub* “*Moral Right*”) se refiere precisamente a esta cuestión bajo la rúbrica “*False attribution of work*”. Conforme a la sec. 84 (1): “*A person has the right in the circumstances mentioned in this section (a) not to have a literary, dramatic, musical or artistic work falsely attributed to him as author, and (b) not to have a film falsely attributed to him as director; and in this section an ‘attribution’, in relation to such a work, means a statement (express or implied) as to who is the author or director*”.

147. Por lo tanto, no basta la sola deformación, modificación, alteración o atentado (noción esta última que permite incluir sin problemas la destrucción y otras agresiones como la descontextualización dañina). Este requisito adicional, aunque criticado a veces, está línea con el art. 6 bis del Convenio de Berna y permite el control judicial de un derecho moral que, de otro modo, podría dar lugar a demandas ligeras o con poca base más allá de la susceptibilidad del autor. Por otra parte, al incluir también otros intereses legítimos del mismo, resulta lo suficientemente flexible como para reaccionar contra atentados que acaso no cabrían en la idea estricta de daño a la reputación.

148. El pacto sobre la posible destrucción o mutilación entre el artista y el dueño de un edificio se contempla en la sec. 113 (d) (1) de la *Visual Artists Rights Act* (VARA) de los EEUU. *Vid.*

mucha imprevisión. Buena muestra de ello es el único caso que ha llegado al Tribunal Supremo español hasta la fecha: el *Caso REMOCSA* (sentencia de la sala 1.^a, de 6/11/2006, ECLI:ES:TS:2006:6958). Se trataba de un mural realizado por encargo. Una Cooperativa (*Leyma*), en colaboración con el Ayuntamiento de La Coruña, convocó un concurso de pinturas murales con el objetivo de adecentar y embellecer una zona muy transitada de la ciudad. Las bases del concurso preveían que tanto los bocetos como los murales pasarían a ser propiedad de *Leyma* “*pudiendo ésta hacer el uso que estime más conveniente de los mismos*”.

Los ganadores realizaron sus obras que quedaron así expuestas a la vista del público. Tiempo después *Leyma* vendió el edificio a una empresa (*REMOCSA*) sin comunicar a los artistas el cambio de propietario. *REMOCSA* llevó a cabo obras de reforma para la rehabilitación del edificio. Las obras incluían limpiar la fachada con arena y agua a presión y cubrirla con un revestimiento industrial, cosa que produjo la desaparición de las pinturas murales. Los artistas demandaron a las dos empresas (*Leyma* y *REMOCSA*; también al Ayuntamiento que no obstante quedó fuera del pleito por un problema procesal). La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a *REMOCSA* a indemnizar el daño moral causado a los autores por la destrucción de sus obras. En apelación, sin embargo, la demanda fue desestimada. La Audiencia Provincial entendió que, dado el tiempo transcurrido, las pinturas estaban ya muy deterioradas por efecto de la lluvia y el viento, de modo que debían descartarse tanto su restauración como su posible retirada y traslado. Con esa base, la actuación de *REMOCSA* resultaba del todo justificada y no merecía reproche alguno.

Tal fue también el criterio que prevaleció ante el Tribunal Supremo. Según su sentencia, no había responsabilidad contractual pues nada se pactó acerca de la conservación de las obras o un eventual deber de informar: “*Ni en el contrato celebrado con los [autores], ni en el celebrado con REMOCSA, existía obligación alguna de efectuar ninguna comunicación sobre la obra pictórica, ni de vigilar o controlar la integridad de la misma*” (FD 4). La venta del inmueble implicó la de los murales y no cabe entender que el transmitente se convirtiera en “*una especie de garante de los hipotéticos derechos de los pintores*”, algo que “*carece de base legal y contractual*” (FD 4). La sentencia descartó asimismo la existencia de responsabilidad extracontractual “*pues no existía ningún deber de comunicar a los actores la transmisión del edificio con los murales, ni se aprecian circunstancias que pudieran configurar una actuación negligente*” (FD 4)¹⁴⁹.

sobreestandard, en el blog de ALADDA la entrada “*Sentencia de apelación en el Caso 5Pointz*”, 9/3/2020), <http://aladda.es/sentencia-de-apelacion-en-el-caso-5pointz-confirmada-la-resolucion-de-primera-instancia-y-el-derecho-de-los-artistas-visuales-aerosol-artistas-a-ser-indemnizados/>.

149. El contexto, por tanto, era completamente diferente al del citado *Caso 5Pointz*, resuelto en contra del promotor inmobiliario que destruyó el conjunto mural creado con su

El resultado del litigio no significa, sin embargo, que el Tribunal Supremo ignorase los derechos morales de los autores. Al contrario, la misma sentencia declaró que “*en principio, la demolición del muro en el que se encuentra la obra plasmada [...] puede ser constitutiva de una violación del derecho moral del autor, y dar lugar a una compensación económica de la lesión producida*” (FD 5). Pero, a pesar de la destrucción y de la pérdida que ello supuso para los autores, se entendió que la actuación de los demandados estaba justificada. La reconstrucción del muro resultaba necesaria y no era posible la conservación de las pinturas, ya muy deterioradas. El Tribunal cerró la argumentación con un apunte que conecta con el acto creativo y, de alguna manera, con la voluntad de los propios autores. La obra, dice la sentencia, aunque puede reproducirse a partir de los bocetos, es “*inseparable de su soporte*” y, por tanto, “*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*” (FD 5). Resumiendo, la obra se destruye y el daño existe pero sin que por ello surja el derecho a obtener una reparación. Es un daño justificado, al que el autor debe resignarse.

Un caso parcialmente diferente al encargo es la tolerancia. Pero es fácil suponer que, cuando se dé, los tribunales aún se mostrarán más favorables a los propietarios frente a los autores. Cabe recordar a este propósito el *Caso Asociación de Vecinos de El Palo*, resuelto por la Audiencia Provincial de Granada (sec. 4, sentencia de 20/2/1991, ECLI:ES:APGR:1991:1). Se trataba de una pintura en gran formato ejecutada sobre el muro de cerramiento de un inmueble. El artista trabajó con el consentimiento de una asociación de vecinos del barrio, aunque sin el de la comunidad propietaria de la finca, que no obstante tampoco se opuso¹⁵⁰. Tiempo después los propietarios acordaron eliminar el mural y lo cubrieron con una capa de pintura. El autor les demandó por violación de su derecho moral a la integridad de la obra. La demanda fracasó pues se entendió que la mera tolerancia no genera obligaciones: “*Aun cuando [los copropietarios] toleraran la obra [...] no llegaron a ningún compromiso con el [...] autor [...] en lo atinente a la conservación [...]*”; “[...] *la especial accesión de que tratamos, incorporación de la pintura a un muro de cerramiento de un inmueble, no*

autorización. Como se explica en el comentario del blog de ALADDA citado en la nota precedente: “‘5Pointz’ es una historia de artistas ‘legales’ que se defienden ante un comportamiento abusivo; no una historia de vándalos que pretenden imponer su desprecio por la propiedad ajena valiéndose de la legislación de derecho de autor”. Los hechos del caso, imprescindibles para su cabal valoración, se resumen en los pfs. 6 a 15 del comentario. Finalmente, cerrando el caso, el 5/10/2020, el TS de los EE.UU denegó el *certiorari* y la sentencia devino firme.

150. La intervención de los vecinos del barrio, esto es, de la comunidad local organizada al margen de la administración municipal, pone de relieve que los intereses presentes en el arte de la calle o arte urbano van más allá del artista, el propietario del soporte y las autoridades. Para una visión de conjunto, *vid.* Marta ILJADICA, “*Works and Walls: Graffiti Writings and Street Art at the Intersection of Copyright and Land Law*”, en E. BONADIO, *The Cambridge Handbook...*, *cit.*, pp. 81 y ss.

puede establecer una relación de subordinación del derecho de los [propietarios] cuando [...] nada se pactó al respecto”; “[...] de lo contrario, el inmueble, intocable, no podría ser reparado [...], ni tampoco se podrían abrir ventanas o huecos en tal fachada, que la propia actora reconoce ha perdido parcialmente su condición de medianera [...]”; “[...] no estando [...] ni subordinado, ni limitado convencionalmente el derecho de propiedad de los demandados, ante la falta de todo acuerdo [...] entre estos y el autor de la obra, mal puede este pretender la defensa de sus intereses de una manera preferente, con olvido de los muy legítimos que aquellos –los demandados– ostenten, pues de contrario estos se verían gravados con una especial limitación que en manera alguna quisieron, y menos aún aceptaron o buscaron” (FD 1).

Hay sin embargo otras sentencias que, con el mismo marco normativo y enfoque, han llegado a resultados en alguna medida diferentes. En el *Caso Mural cerámico* (Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1, sentencia de 3/11/1992, ECLI:ES:APS:1992:1) se trataba de un mural representando el sol y construido a base de piezas cerámicas pegadas con cemento en una de las fachadas exteriores de un edificio. Tiempo después se modificó el destino de éste, que pasó de clínica a hotel. En el curso de las obras se intentó salvar el mural pero, al desprenderlas, las piezas se rompían. Finalmente se optó por la destrucción. No había ninguna duda de que la obra pertenecía, por incorporación, al propietario del edificio. Lo único que se discutía era el derecho moral. Dadas las características del mural y, en particular, el material empleado, estaba claro que el autor no concibió su obra como provisional y quería que durase tanto como el edificio. Este es el punto clave de una sentencia cuya argumentación, sin embargo, no es del todo clara.

Tras afirmar que la imposición de deberes de conservación al propietario de un edificio debería venir de la mano de la legislación de patrimonio histórico y cultural y no de la de propiedad intelectual, el tribunal acabó resolviendo con base en esta última. El propietario del inmueble podía transformarlo en hotel. Pero debió respetar el derecho moral del autor. La sentencia apunta a un razonable deber de negociar la solución: *“En el marco de una negociación bilateral [...], el derecho a la integridad de la obra pudo mantenerse ya in natura (en el mismo o en otro lugar) ya en forma de compensación económica”*. Pero la sugerencia es puro voluntarismo, como demuestra que el propio tribunal eludió la decisiva cuestión de los costes (*“cuestión distinta y en la que no vamos a entrar [...] es la relativa a cómo, quién o quiénes, en su caso, debieran cargar con los importantes gastos (según las periciales) que cualquier intento de conservación pudieran haber originado”*, FD IV). Al fin, tras varias disquisiciones, la sentencia entiende que la *“destrucción prematura”* del mural (veinte años desde su creación) *“vulneró el derecho moral del autor [...] de modo injustificado”* pues el propietario del edificio estaba obligado a mantenerlo durante un tiempo mayor. Aunque no se pactó expresamente, las características del mural junto con *“la buena fe, los usos y la ley de propiedad*

intelectual” cfr. art. 1258 CC) exigían que se conservara por el tiempo normal de vida de un edificio moderno. En conclusión, sí hubo infracción del derecho de integridad, con daño para la reputación del autor y, por consiguiente, derecho a ser indemnizado (FD IV).

Los equilibrios de los tribunales ante el conflicto entre los propietarios y los artistas se ponen de manifiesto de forma muy clara en el *Caso Homenaje a Dieter Otto*, ya mencionado en relación con otras cuestiones (Audiencia Provincial de Málaga, sec. 4, sentencia de 7/6/2005, ECLI:ES:APMA:2005:3070). Se trataba de un mural ejecutado en el marco de una iniciativa del Ayuntamiento de Fuengirola para embellecer las paredes medianeras o tabiques pluviales de diversos edificios y crear así una especie de *Museo Abierto* de la localidad. Importa subrayar que las paredes en las que iban a ubicarse las obras no eran de titularidad pública sino privada. Los dueños de los edificios aceptaron. Pero no asumieron obligación alguna de conservación. Se sobrentendía además que las obras acabarían desapareciendo cuando, en su momento, se construyera en los solares o sobre los edificios contiguos. El autor, cuando se destruyó o desmontó su obra, no demandó a los propietarios sino al Ayuntamiento pues, en definitiva, era quien había realizado el encargo y al parecer tenía la condición de propietario de la obra¹⁵¹. Además de una indemnización por daño moral, pretendía que el Ayuntamiento fuera condenado a “*reparar y restaurar el mural*” y, caso de no ser ello posible, “*a ser ejecutado de nuevo, bajo la dirección del artista*” con cargo al Ayuntamiento. Dado que las medianeras o muros vistos laterales habían dejado de serlo y en cualquier caso eran propiedad de terceros, el autor demandante exigía que el mural fuera “*recolocado [...] en lugar público*” con “*visibilidad y características*” similares a las que había tenido antes de su desmontaje o destrucción, todo ello con sujeción a su visto bueno “*a fin de evitar interferencias visuales [que pudieran] desmerecer la comunicabilidad de la obra*” (FD 1).

Los propietarios del inmueble simplemente toleraron la colocación sin asumir deber alguno de conservación del mural. Pero la posición del Ayuntamiento –una persona jurídica pública– era diferente. Según la sentencia: “*La responsabilidad que cabe exigir al adquirente de una obra artística por infracción del derecho moral del autor a la integridad de la misma es de distinta intensidad en atención a las características del propietario del soporte; así, no será idéntica la responsabilidad exigible al propietario particular que adquiere la obra con la única intención de integrarla en su patrimonio y disfrutarla en el ámbito de su estricta intimidad, sin especial ánimo divulgativo, que la demandable en el caso de que el propietario del soporte esté dedicado a la exhibición de obras de arte o tenga asumido como uno de sus cometidos la*

151. Esa “propiedad separada” seguramente se justifica por el hecho de que la obra no era una pintura sino un conjunto de paneles de fibrocemento adheridos a la medianera. Pero habría que tener más información para explicar por qué no operó la accesión.

divulgación de la cultura con carácter general. En este segundo caso, la obligación de conservación de la obra, como corolario del derecho del autor a su integridad, impone al propietario del soporte un plus de diligencia que le hará responsable de los daños ocasionados en aquélla, y no sólo por dolo sino también por omisión del mencionado deber de diligencia en la conservación de la obra” (FD 2). De ahí resultaría que el Ayuntamiento no sólo no podía destruir sino que incluso debía conservar. Se diría entonces, siguiendo el razonamiento, que la demanda del autor debió tener éxito. Pero no fue así. Al menos no de forma plena.

La demanda partía de que la obra se había destruido, cosa que el Ayuntamiento negó. Ante esa negativa, el actor debía haber probado la destrucción y, sin embargo, no lo hizo. Dada la falta de prueba, el tribunal entendió que no hubo destrucción sino solo desmontaje con algunos daños. Por tal motivo, aunque rechazó la petición de indemnización del daño moral causado por la pretendida destrucción de la obra, condenó al Ayuntamiento a repararla. No obstante, la pretensión más valiosa para el artista era la última, consistente en lograr que su obra volviera a lucir en un lugar público, visible y adecuado. El artista entendía que su obra –un mural– tenía una “*específica vocación de exhibición*” y de ahí derivaba un “*deber*” a cargo del propietario. Un enfoque en principio razonable. Pero el tribunal no lo aceptó. Según la sentencia, la ley de propiedad intelectual no contempla ningún deber de exhibición o exposición de la obra. De haberlo, su base debería ser contractual y nada se pactó al respecto. En realidad el mural “*tenía una vocación de temporalidad*” pues el espacio estaba destinado a ser cubierto por construcciones tan pronto como sus propietarios lo desearan, ya que “*el Ayuntamiento nunca protegió urbanísticamente las fachadas sobre las que se colocaron las obras de arte*” (FD 3). La pretensión del autor por tanto fracasó. Pese a ello, la sentencia no se resiste a hacer una admonición voluntarista. El Ayuntamiento, dice, no tiene obligación legal de reubicar la obra pero sí una cierta obligación moral que, no obstante, queda del todo a su criterio¹⁵².

152. “*Aunque la [...] exhibición pública de la obra [...] en condiciones similares a las [...] de su exhibición originaria, no constituye una obligación que pueda ser exigida jurídicamente, la condición de Administración Pública [del] demandado, la finalidad de exhibición pública para la que fue encargada y adquirida la obra, y la rentabilidad de toda índole (económica, cultural, etc.) exigible a cualquier inversión pública, tendría que llevar al ánimo del Ayuntamiento demandado la decisión de, una vez restaurada la obra, en cumplimiento de la condena impuesta en la presente resolución, llevar a cabo su recolocación en uno de los lugares idóneos que, sin duda alguna, existirán en una Ciudad de la importancia y entidad de Fuengirola. Haciendo efectivo así el compromiso que, al menos moralmente, contrajo el Ayuntamiento demandado con la ciudadanía de Fuengirola, e incluso con la propia [artista], como se desprende de los términos de la carta remitida en su día a la misma por la Concejala de Cultura, en la que se le hacía saber que su mural sería desmontado totalmente, pasando todas las placas a ser guardadas en un local, de uso exclusivo y bajo la custodia de la Casa de la Cultura, y reparándose las que hayan podido sufrir daño por pintores altamente cualificados y que a su vez forman parte del Museo Abierto, en tanto se pueda encontrar un nuevo espacio donde colgarlo*” (FD 3).

El *Caso Homenaje a Dieter Otto*, sin embargo, debe manejarse con cuidado. Como se ha visto, resultó determinante que el demandado fuese un Ayuntamiento. En otro caso, difícilmente se habría contemplado una obligación de conservación de la obra. Salvo pacto al respecto, quien adquiere una obra artística no está obligado a conservarla o protegerla del deterioro normal derivado de sus características y del paso del tiempo. Mucho menos a restaurarla si el deterioro llega a producirse. El propietario no es un depositario o comodatario¹⁵³. Eso no significa que deban imponerse siempre los intereses del dueño de la cosa (*corpus mechanicum*) sobre los del autor de la obra (*corpus mysticum*). Es, como tantas veces, un problema de equilibrio.

Con este enfoque de partida, son muy juiciosos los criterios –hasta once– que propone Juan José MARÍN para manejar estos conflictos, algunos de los cuales ya hemos visto en la jurisprudencia citada¹⁵⁴: 1.º) “Ausencia de un específico deber de conservación y custodia del propietario de la obra” (en los términos vistos y con los matices que resultan de su condición de sujeto público o privado); 2.º) Eventual “dolo o culpa del propietario” (pues si concurren podría haber responsabilidad); 3.º) “Intensidad de modificación de la obra”, tanto en sentido cualitativo como cuantitativo; 4.º) “Grado de originalidad de la obra” (a mayor originalidad, mayor protección); 5.º) “Carácter utilitario de la obra” (hay que ser más flexible cuando se trata de obras aplicadas: no es lo mismo un edificio que una escultura); 6.º) Naturaleza de los “materiales utilizados” por el autor (distinguiendo en función de su durabilidad y resistencia al deterioro natural); 7.º) “Costes de salvación de la obra” (en ningún caso cabría imponer a un propietario costes desproporcionados, que seguramente tampoco el propio autor querría asumir, suponiendo que estuviera en condiciones de hacerlo); 8.º) “Creación de la obra por encargo” (pues este supone una especial relación y probablemente un deber de proponer al autor que sea él quien lleve a cabo la restauración o, en su caso, modificaciones de la obra); 9.º) “Lugar de ubicación de la obra” (el propietario –público o privado– puede tener razones para reubicarla y habrá que ponderarlas¹⁵⁵); 10.ª) “La unicidad o pluralidad de ejemplares de

153. Vid. la sentencia de la AP de Barcelona, sec. 15, de 29/9/2000, ECLI: ES:APB:2000:11667 (*Caso Fauna Secreta*). Se trataba de algunas fotografías y de una instalación propiedad de una Fundación cultural que resultaron dañadas o destruidas por la inundación del almacén en que se guardaban con ocasión de unas lluvias torrenciales. La sentencia, aunque deja muy claro que no hay un deber de conservación (salvo cuando se trata de obras integradas en el Patrimonio Histórico), entiende que sí hay responsabilidad por negligencia de la demandada. En definitiva, “lo determinante para delimitar correctamente la colisión entre los dos derechos y definir la extralimitación en cada caso, ha de ser la naturaleza de la obra, el destino previsto para la misma, las circunstancias concurrentes en el adquirente y, claro está, la causa del daño” (FD 9).

154. Juan José MARÍN LÓPEZ, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Cuadernos Aranzadi, 2006, pp. 181-193.

155. Un caso bastante típico, que J. J. MARÍN menciona expresamente, es el de las esculturas y otras obras con carga política, como las estatuas o relieves que representaban a

la obra” (en el sentido de que es mayor la gravedad del atentado contra la obra única que el que afecta a algún ejemplar de la misma); y 11.^a) Como cláusula de cierre, la posible “*existencia de un interés jurídico superior*”¹⁵⁶.

3. CAMBIO DE UBICACIÓN DE LA OBRA

El posible desplazamiento o cambio de lugar de grafitis y obras de arte urbano sin contar con el consentimiento del autor puede afectar tanto a sus derechos económicos como morales. De aquellos ya nos hemos ocupado y conviene hacerlo ahora de estos. En España hay algunos casos emblemáticos. Prescindiendo de antecedentes ilustres como el caso *Pablo Serrano*¹⁵⁷, cuando se trata de cambios de ubicación la referencia es el caso *Nagel*, resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 18/1/2013 (ECLI:ES:TS:2013:371). El litigio se refiere a una escultura de gran formato, realizada por encargo y ubicada en una rotonda. Cuando el Ayuntamiento pretendió moverla a otro lugar, el autor (Andrés Nagel, San Sebastián, 1947) se opuso invocando tanto el contrato (se había pactado que se contaría con su voluntad para decidir acerca del entorno) como su derecho moral a la integridad de la obra (art. 14.4.º TRLPI). En relación con este segundo aspecto, que es el que ahora interesa, la sentencia sienta una doctrina muy equilibrada. De acuerdo con ella, el cambio de lugar puede dañar la integridad de la obra e infringir el derecho moral, pero no se trata de un efecto automático. Todo depende de las consecuencias que tenga el cambio en el proceso de comunicación entre el autor y el público.

Dicho con las palabras del Tribunal: “*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 [contra] su integridad en la medida en la que altere o interfiera en el proceso de comunicación que toda obra de arte comporta*”; sin embargo “*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 [contra] 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*” (FJ 3, núms. 28 y 30). Por ello “*no cabe descartar en principio la posibilidad de situarla en un entorno*

Franco o ensalzaban su Dictadura (*El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Cuadernos Aranzadi, 2006, pp. 192-193).

156. El ejemplo que usa J. J. MARÍN es el de los tatuajes visibles que su portador decide eliminar sin que, obviamente, el autor pueda oponer su derecho a la integridad pues prevalece el del interesado a disponer de su imagen y, a estos efectos, de su cuerpo (*El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Cuadernos Aranzadi, 2006, p. 193).

157. *Vid. supra* nota 140.

que no implique interferencia en el diálogo entre el autor y el público mediante la obra de arte” (FJ 3, núm. 36). Se trata por tanto de un problema a resolver atendiendo a las circunstancias del caso concreto¹⁵⁸.

La anterior doctrina ha sido aplicada por los tribunales inferiores. Cabe destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 28, de 18/11/2016 (*Caso Petrol Chip*, ECLI:ES:APM:2016:17589). Se trataba de dos murales a base de azulejos, ubicados en sendos edificios propiedad de la petrolera REPSOL (no consta si en el interior o en alguna de las fachadas exteriores). El primer mural (titulado *Petrol Chip*) fue movido a la nueva sede de la empresa, cosa que provocó algunos desperfectos. El segundo (titulado *Petróleo Ecológico*) resultó en cambio destruido. La artista obtuvo una compensación por el deterioro y la destrucción. La parte más interesante de la sentencia, sin embargo, es la relativa al cambio de ubicación del primer mural. La autora demandante invocaba tanto el derecho moral de divulgación como el de integridad. Se planteaba así una cuestión que en el *Caso Nagel*, como observó el Tribunal, había quedado al margen. ¿Puede entenderse que el desplazamiento de una obra creada para un lugar específico viola el derecho de divulgación del autor? La autora del mural *Petrol Chip* sostenía que “*trátándose de obras plásticas creadas para ser exhibidas en un concreto lugar, la obra se encuentra en estado permanente de divulgación, de tal suerte que el acto de divulgarla es único y perpetuo, como perpetua sería la decisión del autor de mantener la obra en ese estado*” (FD 2.º). La Audiencia, sin embargo, rechaza este argumento subrayando que la divulgación es un acto único, que se agota en cuanto se lleva a cabo. Si la divulgación tuvo lugar por decisión del autor y en las condiciones que este quiso (art. 14, 1.º y 2.º TRLPI), el derecho moral no puede verse afectado por modificaciones sobrevenidas de la forma de exposición o comunicación con el público. No sucede lo mismo, en cambio, con el derecho moral a la integridad.

En relación con este último derecho, la Audiencia aplica la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el *Caso Nagel* y llega a la conclusión de que no ha habido vulneración del derecho o, mejor, que no se han probado las circunstancias que habrían permitido apreciarla. La artista, dice la Audiencia, se limitó a reprochar en su demanda que la obra había sido emplazada “*fuera del contexto espacial para el que fue diseñada y creada*”. Sin embargo, añade la sentencia, “*no encontramos [en la demanda] ningún alegato por medio del cual se indique a la parte contraria y al órgano judicial cuáles podrían ser las características del primitivo emplazamiento (vgr. superficie, luminosidad, orientación, etc.) cuya carencia*

158. En el *Caso Nagel* el Tribunal Supremo confirmó la decisión de la Audiencia Provincial que había fallado a favor del demandante con base en lo pactado en el contrato, rechazando en cambio la vulneración del derecho moral porque el demandante no aportó pruebas acerca de las concretas consecuencias de la pretendida reubicación de la obra.

en el nuevo edificio sería determinante de la provocación de interferencias en el proceso de comunicación a tres bandas que la obra debiera suscitar. En ausencia de alegaciones específicas de la aludida naturaleza, este tribunal no puede deducir que el simple traslado desde un anterior edificio de la empresa CLH a un edificio nuevo sea capaz de producir ese indeseable efecto” (FD 2). Se repite pues lo sucedido en el *Caso Nagel*. Los autores deberán tomar buena nota. Los tribunales están totalmente abiertos a estimar las denuncias por infracción del derecho moral en casos de modificación no consentida de la ubicación de obras de arte urbano. Pero exigen que se explique cómo y por qué ese cambio afecta a la comunicación entre el autor y el público. Si no se alega y prueba esa afectación (que conectaría con los legítimos intereses del autor y, acaso, su reputación), prevalece el derecho del propietario del objeto (*corpus mechanicum*) a disponer de él con libertad.

Con todo, quizá el caso más espectacular de *cambio de ubicación* sea uno en el que la obra no se mueve: lo que cambia es el mundo a su alrededor. Nos referimos al famoso *Caso del Monumento al pescador de Campello*, obra de Arcadi Blasco (Muchamiel, 1928 – Madrid, 2013), resuelto por sentencia de la AP de Alicante, sec. 8, de 11/3/2011 (ECLI: ES:APA:2011:668)¹⁵⁹. Como observa SÁNCHEZ ARISTI: “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”¹⁶⁰. Se trataba de una escultura en gran formato, junto al mar, compuesta de dos partes distanciadas entre sí un centenar de metros. Una de ellas, denominada “proa”, se situaba dentro del agua; la otra, “timón”, en tierra. De este modo el artista venía a expresar la doble alma del lugar, marinera y campesina. La escultura había sido encargada por el Ayuntamiento y para su ejecución se obtuvieron los permisos necesarios de la Autoridad de Costas. Tiempo después el deterioro del litoral hizo necesarias algunas actuaciones que, a la postre, provocaron que la “proa” acabara situada en tierra, rodeada de arena. Aparte de ese cambio sustancial pues la proa, como decía el artista, “fue concebida para estar dentro del mar y ahora está en tierra”, la nueva ubicación propició actuaciones vandálicas y un cierto deterioro. El artista demandó al Ayuntamiento y al Ministerio competente en materia de costas, aunque en realidad sus quejas se dirigían sobre todo contra el primero. En sustancia, alegaba la vulneración del derecho a la integridad (art. 14.4.º TRLPI) y pedía que, además de reparar sus desperfectos, la “proa” se moviera para volver al mar. Asimismo reclamaba una indemnización por daños morales. La sentencia de primera instancia, de forma muy

159. En las bases de datos también está disponible la sentencia de primera instancia: SJM 2 Alicante, 6/10/2010, ECLI: ES:JMA:2010:122.

160. *La Propiedad Trenzada*, cit., apdo. 29. A esta observación sigue un comentario extenso al que hay que remitir. En él pueden verse además las imágenes. La sentencia original también las contenía. No así, en cambio, la versión recogida en la base de datos del CENDOJ.

argumentada y valorando los diferentes intereses en conflicto, se inclinó por la desestimación de la demanda, excluyendo la ubicación de la obra del contenido del derecho moral a la integridad. El hecho de que una escultura “*sólo tenga sentido en una determinada ubicación, de tal manera que la misma adquiere en toda su integridad su valor estético y simbólico sólo puesta en relación con el entorno para el cual ha sido concebida, no quiere decir que todo ese entorno forme parte del derecho a la integridad de la obra, porque no forma parte de la obra*” (FD 3.º). El entorno, aún buscado, sería sólo un “*elemento externo*” que interactúa con la obra, sin integrarse en el objeto del derecho moral. Ese efecto podría lograrse por la vía contractual. Pero aún entonces la obligación asumida sólo tendría virtualidad “*en aquellos supuestos en los que la alteración no haya respetado una cierta estabilidad de la obra o no obedezca a razones justificadas*” (FD 3.º). En el caso del *Monumento al Pescador*, ello habría llevado igualmente a la desestimación de la demanda pues la alteración “*se produjo años después y no ha sido directamente querida sino que se ha producido como una consecuencia inevitable de una actuación que no sólo formal sino también materialmente es indiscutible que ha revertido en interés público*” (FD 3.º).

El fallo, sin embargo, fue revocado por la Audiencia Provincial. Esta declaró que sí se infringía el derecho moral a la integridad pues el “*cambio del contexto espacial de una de las partes del conjunto, la ‘Proa’, que pasa a estar rodeada de arena, transmite un sentido diferente al que el autor pretendía con su obra. Además, ha de añadirse que el ‘Monumento al Pescador’ constituye una de las obras emblemáticas de la carrera artística del autor [...], lo que intensifica aún más la concurrencia del requisito del perjuicio a los legítimos intereses del autor o el menoscabo de su reputación*” (FD 6.º). El entorno no sería pues un elemento externo ajeno a la valoración del derecho moral. El Ayuntamiento debía saberlo y, por ello, debía haber actuado en consecuencia cuando el Ministerio le informó de las obras que se iban a acometer para proteger el litoral. La sentencia da a entender que el Ayuntamiento debía haber pedido al Ministerio que asegurase, en su caso mediante reubicación, que la “Proa” iba a seguir dentro del mar. Al fin el caso se saldó con una victoria agri dulce para el artista. La sentencia declaró que, en efecto, el Ayuntamiento había violado con su pasividad el derecho moral del autor a la integridad de su obra y le condenó a repararla y a indemnizar el daño moral. Pero la reubicación de la obra quedó fuera del fallo, con la consiguiente consolidación de la situación¹⁶¹. La nave sigue hoy varada en la arena, muy cerca de la orilla.

161. La sentencia excluyó la responsabilidad del Ministerio y, en cualquier caso, como órgano de la jurisdicción civil se declaró incompetente para ordenar la reubicación de la obra: “*Para superar el problema anterior, podría limitarse el objeto de la condena a que el Ayuntamiento promoviera el expediente administrativo dirigido a la previa obtención de la concesión. Sin embargo, nadie puede asegurar que se otorgue la concesión y buena prueba de ello es que no se llegó a otorgar la concesión para la instalación de la ‘Proa’ en su ubicación originaria como se desprende del anexo documental número 1 de la contestación del Ministerio. La incertidumbre*

4. OTROS DERECHOS MORALES: MODIFICACIÓN, ARREPENTIMIENTO Y ACCESO

El art. 14 TRLPI reconoce a los autores tres derechos morales más que les facultan para modificar la obra creada (art. 14.5.º TRLPI), retirarla del comercio (art. 14.6.º TRLPI) y, finalmente, acceder a ella para el ejercicio de otros derechos (art. 14.7.º LPI). Tales facultades, sin embargo, tienen un escaso impacto en el caso de las obras visuales en general y el arte de la calle en particular. En efecto, salvo pacto en contra, la posibilidad de modificar las obras desaparece cuando han dejado de ser propiedad del autor, quedando sujeta a la autorización del propietario del objeto o soporte al que se ha unido la creación. La retirada del comercio o arrepentimiento se contempla para los supuestos de cambio en las convicciones intelectuales o morales. Pero difícilmente podría materializarse esa retirada en el caso de las obras de arte urbano sin proceder a su destrucción o a la privación del contenido esencial de la propiedad sobre el objeto. En cuanto al acceso al ejemplar único o raro, parece que, mientras se trata de arte urbano accesible al público, ese derecho estará garantizado. Aunque siempre cabe imaginar casos en que no sea así. Por ejemplo, un espacio abierto puede cerrarse. También cabría considerar la utilidad de este derecho en los casos en los que va a procederse legítimamente a la destrucción de la obra, a fin de poder documentarla. Este sí es un extremo importante.

VIII. CONCLUSIÓN

Grafiti, arte urbano, *tags*, *throwups*, murales por encargo, pintadas realizadas en muros ajenos... Tal como hemos visto, la complejidad de la creatividad humana supera cualquier intento de categorización o taxonomía que nos permita determinar con total precisión si las obras que se encuentran en los muros de las vías públicas podrán ser o no objeto de protección por la Ley de Propiedad Intelectual.

Como en el resto de creación contemporánea, habrá que analizar cada creación de manera individual para dilucidar si puede incluirse o no dentro del perímetro de protección de los derechos de autor, y habrá que hacerlo, como en ninguna otra disciplina, dejando de lado cualquier tipo de juicio estético o de prejuicio por su percepción social. Las obras de arte urbano serán protegibles si cumplen el requisito de la originalidad, cosa que sucederá en

en el otorgamiento de la concesión administrativa podría convertir en imposible la condena al desplazamiento de la 'Proa' al mar; lo que nos lleva a desestimar esta pretensión que se transformará en una indemnización del daño moral del autor que debe soportar la alteración definitiva de la concepción y singularidad artísticas del conjunto escultórico" (FD 7).

la mayoría de los casos cuando las obras sean figurativas, y en menor medida cuando se trate de representaciones muy esquemáticas o de palabras o frases escritas, por mucho que se pueda apreciar en ellas un cierto estilo o elección estética.

En ninguna otra disciplina de la creación encontramos una mayor tensión entre los derechos del autor de la obra y su soporte. Pintar sobre muros ajenos es ilegal, pero destruir las obras protegidas (aunque no fueran solicitadas) puede llegar a serlo también. Vandalismo, creatividad, rechazo social y obtención de protección coinciden en el arte urbano como en ninguna otra faceta de la creación. Los deberes de conservación impuestos al propietario de un edificio que contiene un grafiti de un gran valor cultural e histórico, como por ejemplo ocurre con “El muelle”, no solo vienen la mano de la legislación de patrimonio histórico y cultural, sino también –y con acierto– del derecho moral de integridad reconocido por la propiedad intelectual.

La cuestión del anonimato afecta también al artista de arte urbano, que no podrá ejercitar algunos de sus derechos sin revelar su identidad. El derecho de divulgar su obra en forma anónima o valiéndose de un seudónimo no transparente, que funciona bien en música o literatura, no ofrece las mismas soluciones para escritores o músicos que para los artistas urbanos. La aplicación de las normas de la accesión al grafiti y al arte urbano ofrecen también algunos resultados poco satisfactorios, que ponen en evidencia que no era este unos supuestos de hecho que el legislador contemplaba en la elaboración de esta ley.

Por otro lado, los límites que permiten el ejercicio de los derechos exclusivos sin permiso de su titular tampoco dan soluciones satisfactorias. Especialmente el caso del art. 35.2 TRLPI (la plasmación en la ley española de lo que, no sin cierto voluntarismo, se ha dado en llamar libertad de panorama) permite una gran amplitud en cuanto a los actos permitidos y a los medios utilizables para reproducir las obras protegidas. La configuración de este límite como una auténtica “excepción” da como resultado que el grafiti y el arte urbano sean objeto de usos comerciales no autorizados por sus autores. Sería conveniente introducir en la legislación la exigencia de compensación para adecuarse al espíritu de la Ley de Propiedad Intelectual y en concreto a la aplicación del art. 40 bis TRLPI o prueba de los tres pasos.

Arte urbano es, sobre todo, arte público. Pero su encaje en la Ley de Propiedad intelectual es difícil e incómodo. Por muy dividida que esté su percepción social, parece conveniente considerar la revisión de algunos aspectos de la ley teniendo en cuenta la coherencia entre su espíritu y el resultado de su aplicación en los casos que hemos visto. Cada vez que se aborda una posible reforma de la legislación de propiedad intelectual, los autores hacen oír su

voz y subrayan ante las autoridades que se trata de *su* ley. De un tiempo a esta parte, sin embargo, se aprecia un cierto divorcio o distanciamiento de los artistas visuales o, al menos, de los que no se expresan con el lenguaje de las artes plásticas tradicionales. Sería oportuno no perder de vista que también ellos deben sentir la ley de propiedad intelectual como *la suya*.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALADDA, “Adenda al caso REM: El art. 14 de la Directiva sobre el Mercado Único Digital. Obras de arte visual en el dominio público”, Blog de ALADDA (30/04/2019); disponible en <http://aladda.es/adenda-al-caso-rem-el-art-14-de-la-directiva-sobre-el-mercado-unico-digital-obras-de-arte-visual-en-el-dominio-publico/>.

– “Modelos, paparazzi y Registro de la Propiedad Intelectual: Gigi Hadid y el Tribunal Supremo de los EE.UU.”, Blog de ALADDA, (23/07/2019); disponible en <http://aladda.es/modelos-paparazzi-y-registro-de-la-propiedad-intelectual-gigi-hadid-y-el-tribunal-supremo-de-los-ee-uu/>.

– “Sentencia de apelación en el ‘Caso 5Pointz’ (EE.UU.): Confirmada la resolución de primera instancia y el derecho de los artistas visuales a ser indemnizados con 6.750.000 dólares por la destrucción de sus obras ‘Caso 5Pointz’” Blog de ALADDA (9/03/2020); disponible en <http://aladda.es/sentencia-de-apelacion-en-el-caso-5pointz-confirmada-la-resolucion-de-primera-instancia-y-el-derecho-de-los-artistas-visuales-aerosol-artists-a-ser-indemnizados/>.

– “Caso Farola Latina. Sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 6 de marzo de 2020: La farola ‘Latina’ es una obra y goza de la protección acumulada del diseño y el derecho de autor”. Blog de ALADDA (7/06/2020); disponible en <http://aladda.es/caso-farola-latina-sentencia-de-la-ap-de-barcelona-secc-15a-de-6-de-marzo-de-2020-sap-b-2644-2020-ecli-esapb20202644/>.

– “Banksy, el lanzador de flores (‘Flower Thrower’) y la EUIPO”, Blog de ALADDA, (8/10/2020), disponible en <http://aladda.es/banksy-el-lanzador-de-flores-flower-thrower-y-la-euipo-las-marcas-han-de-usarse-y-el-derecho-de-autor-no-pero-el-anonimato-puede-complicar-las-cosas/>.

ALVELOS, Heitor: “A set of Premises for the Scrutiny and Interpretation of Graffiti and Street Art”, en Enrico BONADIO (editor), *The Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti*, Cambridge University Press, 2019.

BECHTHOLD, Stefan: en Thomas DREIER y Bernt HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2.ª ed. 2016.

BONADIO, Enrico: “Street Art, Graffiti and Copyright: A US Perspective”, y “Street Art, Graffiti and Copyright: A UK Perspective”, en Enrico BONADIO (ed.), *The*

- Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti*, 2019, Cambridge University Press, 2019.
- “*Copyright Protection of Street Art and Graffiti under UK Law*”, *Intellectual Property Quarterly*, 2017; accessible en https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/16343/3/Copyright_street_Jan_2017.pdf.
- CARRASCO, Ángel y DEL ESTAL, Ricardo: “*Comentario al artículo 6*”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- CHAPDELAIN, Pascale: “*Graffiti, Street Art, and the Public in Canadian Copyright Law*”, en Enrico BONADIO (ed), *The Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti*, Cambridge University Press, 2019.
- HABER, Eldar: “*Copyright protection of illegal Works*”, en Enrico BONADIO y Nicola LUCCHI (editores), *Non Conventional Copyright*, ed. Elgar, 2018.
- ILJADICA, Marta: “*Works and Walls: Graffiti Writings and Street Art at the Intersection of Copyright and Land Law*”, en E. BONADIO), *The Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti*, Cambridge University Press, 2019.
- KRAMER, Ronald: “*Graffiti and Street Art: Creative Practices Amid ‘Corporatization’ and ‘Corporate Appropriation’*”, en Enrico BONADIO (ed), *The Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti*, Cambridge University Press, 2019.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: “*Comentario al art. 35*”, en Rodrigo BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- LÓPEZ RICHART, Julián: “*Y el vandalismo se hizo arte: La protección del grafiti por el derecho de autor*”, *RIIPAC (Revista sobre Patrimonio Cultural: Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial)*, núm. 10/2018, disponible en <https://www.eumed.net/rev/riipac/>.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: “*La contratación de obras por encargo y la compraventa de obras plásticas*”, en AA.VV. *Protección del derecho de autor de los creadores visuales*, ed. Fundación Arte y Derecho, 2005.
- “*El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*”, Cuadernos Aranzadi, 2006.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: “*Comentario al art. 14*”, en Rodrigo BERCOVITZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 2017.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: “*La propiedad trenzada. El juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte*”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, Fundación prof. Uría, 2015.

VICENT LÓPEZ, Cristina: *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, ed. RGD, Valencia, 1999.

WALTER, Michael M. y VON LEWINSKI, Silke: “*Information Society Directive*”, en M. WALTER y S. VON LEWINSKI (eds.), *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, 2010.

WESTENBERGER, Paula: “*Copyright Protection of Illegal Street and Graffiti Artworks*”, Enrico BONADIO (ed), *The Cambridge Handbook of Copyright in Street Art and Graffiti*, 2019.

X. JURISPRUDENCIA CITADA

TJUE

Sentencia 16/7/2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq*)

Sentencia 1/12/2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (*Painer*)

Sentencia 11/1/2015, C-419/13, ECLI:EU:C:2015:27 (*Allposters*)

Sentencia 7/8/2018, C 161/17, EU:C:2018:634, pfo. 14 (*Renckhoff/Córdoba*)

Sentencia 13/11/2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (*Levola*)

Sentencia 12/9/2019, C 683/17, ECLI: EU:C:2019:721 (*Cofemel*)

Sentencia 11/6/2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 (*Brompton*)

Sentencia 28/10/2020 C-367/19, ECLI:EU:C:2020:863 (*Aportación de fotografía como prueba judicial*)

ESPAÑA

a) Tribunal Constitucional

Sentencia 35/1987, de 18 de marzo (*Pablo Serrano*)

Sentencia 51/2008, de 14 de abril (*Jardín de Villa Valeria*)

b) Tribunal Supremo

Sentencia, Sala 1.^a, 21/6/1965 (*Pablo Serrano I*)

Sentencia, Sala 1.^a, 9/12/1985, ES:TS:1985:1688 (*Pablo Serrano II*)

Sentencia, Sala 1.^a, 1/2/2005, ECLI:ES:TS:2005:503 (*Gran Enciclopedia Canina*)

Sentencia, Sala 1.^a, 6/11/2006, ECLI:ES:TS:2006:6958 (*REMOCSA*)

Sentencia, Sala 1.^a, 18/2/2008, ECLI:ES:TS:2008:7176 (*Infodoc*)

Sentencia, Sala 1.^a, 18/1/2013, ECLI:ES:TS:2013:371 (*Nagel*)

Sentencia, Sala 1.^a, 5/5/2016, ECLI:ES:TS:2016:1902 (*Atrium*)

Sentencia, Sala 1.^a, 26/4/2017, ECLI:ES:TS:2017:1644 (*Fachada obra arquitectónica*)

Sentencia, Sala 2.^a (penal), 15/02/2018, ECLI: ES:TS:2018:397 (*Valtonyc*)

c) Audiencias y Juzgados

Sentencia AN, Juzgado Central de lo Penal, 13/11/2007, ECLI:ES:AN:2007:4623 (*Caricatura príncipes de Asturias*)

Sentencia AP Álava, sec. 1, (penal) 4/7/2003, ECLI: ES:APVI:2003:253 (*Bar ambiente okupa*)

Sentencia AP Alicante, sec. 8, 11/3/2011, ECLI:ES:APA:2011:668 (*Monumento al pescador de Campello*)

Sentencia AP Barcelona, sec. 15, 15/1/1998, ECLI:ES:APB:1998:324 (*El largo invierno*)

Sentencia AP Barcelona, sec. 15, 29/9/2000, ECLI: ES:APB:2000:11667 (*Fauna Secreta*)

Sentencia AP Barcelona, sec. 15, 4/5/2004, ECLI: ES:APB:2004:5500 (*Revista de interiorismo*).

Sentencia AP Barcelona, sec. 15, 28/3/2006, ECLI:ES:APB:2006:3390 (*Sagrada Familia*)

Sentencia AP Barcelona, sec. 15, 15/6/2012, ECLI: ES:APB:2012:8986

Sentencia AP Barcelona, sec. 15, 23/11/2017 ECLI:ES:APB:2017:11720 (*Aceite Banús*)

Sentencia AP Barcelona, sec. 15, 6/3/2020, ECLI: ES:APB:2020:2644 (*Farola Latina*)

Sentencia AP Cádiz, 24/10/1995, Revista General de Derecho, 624/1996, pp. 10954 y ss. (*La Virgen de la Caridad*)

Sentencia AP Cantabria, sec. 1, 3/11/1992, ECLI:ES:APS:1992:1 (*Mural cerámico*)

Sentencia AP Cantabria, sec. 4, 5/4/2006, ECLI: ES:APS:2006:626 (*Raqueros*)

Sentencia AP Córdoba, sec. 2, 17/2/1996, Aranzadi, ref. (AC 1996, 386) (*Nuestro Padre Jesús Preso*)

- Sentencia AP Girona, sec. 1, 30/3/2006, ECLI: ES:APGI:2006:261 (*Hotel Plaça Dalí*)
- Sentencia AP Granada, sec. 4, 20/2/1991, ECLI:ES:APGR:1991:1 (*Asociación de Vecinos de El Palo*).
- Sentencia AP Guipúzcoa, sec. 1, (penal) de 17/5/2016, ECLI:ES:APSS:2016:370 (*Ir juntos a pintar*).
- Sentencia AP Islas Baleares, sec. 1, 31/3/1998, ECLI: ES:APIB:1998:3391 (*Sol de España*)
- Sentencia AP Islas Baleares, sec. 5, 22/1/2008, ECLI:ES:APIB:2008:106 (*Barceló*)
- Sentencia AP Islas Baleares, sec. 5, 30/7/2008, ECLI: ES:APIB:2008:1478 (*Torre des Savinar*)
- Sentencia AP Madrid, sec. 13, 17/7/1997, ECLI: ES:APM:1997:2687 (*Paul Klee*)
- Sentencia AP Madrid, sec. 11, 10/9/1997, ECLI:ES:APM:1997:3000 (*Por qué perdimos la guerra*)
- Sentencia AP Madrid, sec. 28, 16/9/2013, ECLI:ES:APM:2013:13453 (*Tipografía Scalextric*)
- Sentencia AP Madrid, sec. 28, 16/6/2014, ECLI:ES:APM:2014:11756 (*Casa del acantilado*)
- Sentencia AP Madrid, sec. 28, 27/2/2015, ECLI: ES:APM:2015:3174
- Sentencia AP Madrid, sec. 28, 22/1/2016, ECLI:ES:APM:2010:298 (*El cartero*)
- Sentencia AP Madrid, sec. 28, 18/11/2016, ECLI:ES:APM:2016:17589 (*Petrol Chip*)
- Sentencia AP Madrid, sec. 28, 19/4/2017 ECLI:ES:APM:2017:5573 (*Hoys Imagen*)
- Sentencia AP Madrid, sec. 28, 23/11/2018, ECLI: ES:APM:2018:18838 (*Radiant Heart*).
- Sentencia AP Málaga, sec. 4, 7/6/2005, ECLI:ES:APMA:2005:3070 (*Homenaje a Dieter Otto*)
- Sentencia AP Navarra, sec. 3, 15/10/2019, ECLI:ES:APNA:2019:941 (*Kukuxumusu*)
- Sentencia AP Pontevedra, sec. 1, 17/3/2015, ECLI: ES:APPO:2015:477 (*Vicus Petrae*)

Sentencia AP Santa Cruz de Tenerife, sec. 3, 9/9/1995, ECLI:ES:APTF:1995:2
(*Menceyes Guanches*)

Sentencia AP Sevilla, sec. 1 (penal), 31/1/2006, ECLI: ES:APSE:2006:1 (*Toro de Osborne*)

Sentencia AP Valencia, sec. 2 (penal) 8/9/2009, ECLI:ES:APV:2009:6659

Sentencia AP Vizcaya, sec. 6, (penal) 31/1/2002, ECLI: ES:APBI:2002:344
(*Estudiante de Bellas Artes*)

Sentencia JM núm. 2 Alicante, 6/10/2010, ECLI: ES:JMA:2010:122 (*Monumento al pescador de Campello*)

Sentencia JM núm. 3 Barcelona, 12/6/2012, ECLI:ES:JMB:2012:51 (*Firma Salvador Dalí*)

Sentencia JM núm. 1 Pamplona, 10/3/2017, ECLI:ES:JMNA:2017:18
(*Kukuxumusu*)

Sentencia JM núm. 2 Vizcaya, 4/1/2019, ECLI:ES:JMBI:2019:158

OTROS PAÍSES

a) Alemania

Sentencia Tribunal Supremo (BGH), 24/1/2002, I ZR 102/99, (*Wrapped Reichstag*)

Sentencia Tribunal Supremo (BGH), 27/4/2017, I ZR 247/15 (*Kussmund*)

b) EE.UU.

Falkner v. General Motors LLC, 393 F. Supp. 3d 927 (C.D. Cal. 2018). Tribunal del Distrito de los Estados Unidos, California.

Mercedes Benz, USA, LLC. v. Lewis, Case No. 19-10948 (E.D. Mich. Nov. 18, 2019) Tribunal del distrito de Michigan (southern division)

Castillo v. G&M Realty L.P., 950 F. 3d 155 (2d Cir. 2020) (*5-pointz*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, que incluye los estados de Vermont, Nueva York y Connecticut)

c) Francia

Sentencia Tribunal Supremo, *Chambre civile 1*, 13/11/1973, 71-14.469 (*Renoir-Guino*)

Sentencia Tribunal Supremo, *Chambre civile 1*, 20/11/2001, 98-21.080 (*Renoir-Guino*)

Sentencia Tribunal Supremo, *Chambre civile 1*, 13/11/2008, 06-19.021 Arrêt n.º 1108 1.º (*Paradis*)

Sentencia Corte de Apelación de París, 6/2/2015 y Sentencia Tribunal Supremo, *Chambre civile 1*, 30/11/2016, ECLI:FR:CCASS:2016:C101341 (*Gruta Chauvet*)

Reproducciones de obras de arte visual en dominio público: el artículo 14 de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital¹

Reproduction of works of visual art in the public domain: Article 14 of Directive on copyright in the digital single market

JULIÁN LÓPEZ RICHART

*Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Alicante*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ARGUMENTOS EN LOS QUE SE SUSTENTA LA RECLAMACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE LAS REPRODUCCIONES DE OBRAS DE ARTE EN DOMINIO PÚBLICO. 1. *Consideraciones previas*. 2. *La justificación de la postura de las instituciones del patrimonio cultural en términos económicos*. 3. *La protección de las reproducciones de obras de arte en dominio público como obra fotográfica y la noción de originalidad*. 3.1. Planteamiento. 3.2. Criterios utilizados para apreciar la originalidad de las fotografías de obras de arte. A. *El asunto “Graves” (1869)*. B. *El asunto “Bridgeman” Art Library Ltd. v Corel Corp. (1998–1999)*. 3.3. La noción de originalidad en el Derecho de la Unión Europea y su aplicación a las reproducciones de obras de arte. 4. *La protección de las reproducciones de obras*

-
1. Trabajo realizado por encargo de la Fundación Profesor Uría (N. del E.). El presente trabajo se enmarca en el Proyecto DER2017-86393-R *Herramientas jurídicas para favorecer el acceso a contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual en el mercado único digital* (MINECO/AIE/FEDER, UE) y en el PROMETEO/2018/088 *El mercado único digital para Europa. Aspectos de derecho privado*, financiado por la Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana (N. del A.).

de arte como meras fotografías. 4.1. Delimitación de la noción de “mera fotografía”. 4.2. El asunto “*Reiss-Engelhorn Museen v. Wikimedia*” (2018). 5. *El derecho “sui generis” sobre las bases de datos.* III. EL ART. 14 DE LA DIRECTIVA (UE) 790/2019 SOBRE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL. 1. *Digitalización, acceso y reutilización del dominio público en la agenda de la Unión Europea.* 2. *Historia legislativa del art. 14 DDAMUD.* 3. *Justificación de la norma.* 4. *Ámbito objetivo de aplicación.* 4.1. Cualquier forma de reproducción. 4.2. Obras de arte visual en dominio público. 5. *Ámbito temporal de aplicación de la nueva norma.* 6. *La salvedad introducida en el inciso final del art. 14 DDAMUD.* 7. *Compatibilidad del art. 14 DDAMUD con los derechos reconocidos a quien divulga una obra inédita en dominio público.* IV. LIMITACIONES DE ACCESO Y RESTRICCIONES DE USO DEL PATRIMONIO CULTURAL EN DOMINIO PÚBLICO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen

La cuestión de si las reproducciones de obras de arte que forman parte del dominio público pueden estar protegidas por derechos de autor o derechos afines ha sido objeto de intensos debates y sonados litigios a ambos lados del Atlántico, lo que había generado cierta incertidumbre entre las instituciones encargadas de la protección del patrimonio cultural. Asimismo, el problema despertó la atención de las instituciones de la Unión Europea, dado que podía suponer un obstáculo a la política de digitalización y reutilización del patrimonio cultural en dominio público, considerado no solo un medio de fomentar el acceso y la promoción de la cultura sino un importante factor de crecimiento económico. En este contexto se enmarca el art. 14 de la Directiva (UE) 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital, en virtud del cual los Estados miembros están obligados a garantizar que cualquier material resultante de un acto de reproducción de una obra de arte visual en dominio público no podrá estar sujeto a derechos de propiedad intelectual, a menos que dicha reproducción pueda considerarse original por ser una creación intelectual propia de su autor. El presente estudio analiza la problemática que se esconde detrás de esta nueva norma y trata de resolver los problemas interpretativos a los que se enfrentarán los Estados miembros en el momento de su trasposición al Derecho interno. Finalmente se apuntan algunas de las carencias de la norma para garantizar el acceso y reutilización de obras de arte en dominio.

Palabras clave

Derechos de autor; dominio público; obra fotográfica; mera fotografía; originalidad; obras de arte; arte visual; mercado único digital; información del sector público; acceso abierto.

Abstract

The issue of whether reproductions of works of art in the public domain can be protected by copyright or related rights has been the subject of intense debate and heated litigation on both sides of the Atlantic, which had led to some uncertainty among the institutions responsible for protecting cultural heritage. The problem also attracted the attention of the European Union institutions, since it could be an obstacle to the policy of digitization and reuse of cultural heritage in the public domain, which is considered not only as a means of encouraging access to and promotion of culture but also as an important factor of economic growth. In this framework Article 14 of Directive (EU) 2019/790 on copyright in the digital single market requires Member States to ensure that any material resulting from an act of reproduction of a work of visual art in the public domain is not protected by intellectual property rights, unless the material resulting from that act of reproduction is original in the sense that it is the author's own intellectual creation. This study analyses the problems behind this new rule and seeks to resolve the interpretative problems that Member States will face when transposing it into national law. Finally, it points out some of the shortcomings of the rule to guarantee access and reuse of the works of art in the public domain.

Keywords

Copyright; public domain; photographic work; simple photograph; originality; works of art; visual art; digital single market; public sector information; open access.

I. INTRODUCCIÓN

Tras un largo y polémico proceso de elaboración, el 19 de mayo de 2019 se publicaba finalmente en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva (UE) 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital² (en adelante, DDAMUD). Sin duda, las cuestiones más controvertidas de este nuevo instrumento son el reconocimiento de un derecho exclusivo en favor de los editores de prensa³ y la atribución de responsabilidad por las infracciones cometidas por sus usuarios a las plataformas que permiten compartir contenidos en línea, con la consiguiente obligación de introducir herramientas tecnológicas que permitan bloquear con carácter preventivo contenidos protegidos previamente identificados por los titulares de derechos de autor o derechos afines⁴.

2. Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, OJ L 130, 17.5.2019, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.

3. Art. 15 DDAMUD.

4. Art. 17 DDAMUD.

Mucho se ha discutido también acerca de la extensión que debiera darse a la nueva excepción obligatoria para actividades de minería de textos y datos⁵ o a la ya existente (pero ahora obligatoria también) en relación con la enseñanza⁶. Quizá los intensos debates sobre estos y otros temas han hecho que pasara casi inadvertido un escueto precepto, incorporado en el texto de la DDAMUD en una fase relativamente tardía del proceso legislativo, y que, sin embargo, puede tener una importante repercusión en el mundo del arte. Me refiero al art. 14, en virtud del cual los Estados miembros deben garantizar que las reproducciones de obras de arte visual que hayan entrado a formar parte del dominio público no estarán protegidas por derechos de autor o derechos afines, a menos que dichas reproducciones puedan considerarse originales, por ser una creación intelectual propia de su autor.

El art. 14 DDAMUD constituye el primer reconocimiento de un cierto estatus a las obras en dominio público en la legislación sobre derecho de autor de la Unión Europea. La finalidad declarada del precepto es proteger el dominio público frente a los intentos de reapropiación a través de la atribución de derechos de autor o derechos afines sobre las reproducciones de aquellas obras de arte visual que han entrado a formar parte del acervo común y de esta forma favorecer “el acceso a la cultura y su fomento y al acceso al patrimonio cultural”⁷. Por otro lado, la norma supone la consagración legislativa en el Derecho de la Unión de la noción de “obras de arte visual”. Además, el art. 14 DDAMUD ha venido a codificar el estándar de la “creación intelectual de su autor” como criterio para apreciar la originalidad necesaria para otorgar a una obra la protección del derecho de autor, criterio que –como veremos– se encontraba ya recogido para ciertas categorías de obras en el acervo comunitario y venía siendo aplicado con carácter general por el Tribunal de Justicia.

II. ARGUMENTOS EN LOS QUE SE SUSTENTA LA RECLAMACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE LAS REPRODUCCIONES DE OBRAS DE ARTE EN DOMINIO PÚBLICO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La cuestión de si las reproducciones por procedimientos fotográficos o análogos de obras que forman parte del dominio público pueden estar protegidas

5. Arts. 3 y 4 DDAMUD.

6. Art. 5 DDAMUD.

7. Considerando 53 DDAMUD. Con anterioridad, la única referencia al dominio público en el acervo de la Unión Europea la encontramos en el art. 5 de la Directiva 2006/116/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada), ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/116/oj>, que contempla la posibilidad de los Estados miembros de reconocer derechos sobre las ediciones críticas y científicas de obras en dominio público.

por derechos de autor o derechos afines, ha sido objeto de un largo debate, generando cierta incertidumbre entre las instituciones encargadas de la protección del patrimonio cultural cuando llevan a cabo la digitalización de las obras incluidas en sus colecciones⁸.

Por un lado, surge la pregunta de si están facultados los museos o archivos para realizar esa tarea de digitalización de las obras incluidas en sus colecciones y, en segundo lugar, si, en caso de ser así, adquieren algún derecho de propiedad intelectual sobre las copias digitales que realicen, lo que les permitiría controlar la reproducción o explotación de las mismas. Ambas cuestiones son de la máxima importancia para estas instituciones si tenemos en cuenta que los gastos derivados de esas tareas de digitalización pueden ser en algunos casos elevados, debido al coste de los procesos utilizados para hacer reproducciones de alta calidad, unido a la necesidad de preservar al mismo tiempo la integridad del original. Por ello, es lógico que las instituciones del patrimonio cultural se planteen fórmulas para explotar comercialmente esas reproducciones que contribuyan a garantizar su sostenibilidad.

Esa incertidumbre está motivada por diversos factores. El primero es el hecho de que el propio estatus de las obras susceptibles de digitalización puede variar en función de que estén sometidas a derechos de autor o hayan entrado a formar parte del dominio público. En el primer caso está claro que por el mero hecho de ostentar la titularidad de una obra artística su propietario no adquiere los derechos de propiedad intelectual sobre la misma, por lo que la reproducción sólo será posible con el consentimiento del titular o, excepcionalmente, en los casos cubiertos por alguno de los límites a los derechos de autor contemplados legalmente⁹. Por el contrario, si el propietario de la obra

8. Así se ponía de relieve en un informe elaborado por la Comisión Europea en relación con la implementación de la Recomendación sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, en el que se constataba que un buen número de Estados miembros habían informado de “obstáculos para garantizar que el material de dominio público permanece en el dominio público tras su digitalización, especialmente en relación con las fotografías y los derechos de los fotógrafos”. El propio informe afirma que “el tema de posibles derechos surgidos del propio proceso de digitalización es mencionado en ocasiones como una posible fuente de inseguridad jurídica”, EUROPEAN COMMISSION, DG CONNECT, *Cultural heritage Digitisation, online accessibility and digital preservation. Report on the Implementation of Commission Recommendation 2011/711/EU*, Progress Report 2013-2015, Working document, June 2016, p. 22, disponible en https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-43/2013-2015_progress_report_18528.pdf.
9. El art. 5.2.c) de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/29/oj> (en adelante DDASI) contemplaba ya una excepción facultativa al derecho de reproducción en favor de bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos. En nuestro Derecho, el art. 37. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de

ostenta los derechos de autor sobre la misma, no sólo podrá reproducir la obra, sino que podrá también impedir a otros hacer uso de esas reproducciones o realizar otras reproducciones tanto del original como de la copia¹⁰. En el caso de las obras que han entrado ya en el dominio público por haber expirado los derechos de autor sobre las mismas, en principio, no debería haber obstáculo para su reproducción o digitalización por parte de cualquiera, al menos desde la perspectiva del derecho de autor, pues, tal y como dispone el art. 40 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, la entrada de una obra en el dominio público supone que “podrá ser utilizadas por cualquiera”, con la única condición de que se respeten los derechos morales a la integridad y la paternidad de la obra. El segundo elemento determinante de inseguridad es la diversidad normativa que existe en relación con la protección de las fotografías y reproducciones por medios asimilados a la fotografía, a lo que se une la circunstancia de que los requisitos de los que se hace depender su protección no son siempre fáciles de delimitar. No se trata ya de saber si el propietario de una obra de arte en dominio público puede o no impedir su reproducción por parte de terceros, sino de si ostenta derechos sobre las reproducciones que él mismo pueda realizar de esas obras que forman parte de su catálogo pero que han entrado a formar parte del dominio público. Como veremos, algunos países sólo protegen la fotografía si cumple el requisito de la originalidad (obra fotográfica), mientras que en otros se otorga una protección limitada también a las fotografías no originales (meras fotografías), sin que en ocasiones quede muy claro si la protección de estas meras fotografías depende de algún otro requisito, distinto del de la originalidad. En el caso de las reproducciones de obras de arte que han entrado a formar parte del dominio público esta cuestión es importante, pues de ella depende la posibilidad de atribuir derechos exclusivos sobre las mismas.

Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/1996/04/12/1/con> (en adelante TRLPI) autoriza la reproducción de obras protegidas por museos, bibliotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico exclusivamente con fines de investigación o conservación. Ahora el art. 6 DDAMUD ha introducido con carácter obligatorio para todos los Estados miembros una excepción en favor de las instituciones responsables del patrimonio cultural para efectuar copias con fines de conservación de las obras u otras prestaciones que se encuentren de forma permanente en sus colecciones.

10. En este sentido, es llamativo que, aunque en su redacción originaria el Convenio de Berna (CB) no protegía la obra fotográfica (no se reconocieron expresamente hasta la revisión de Bruselas, en 1948), sí reconocía protección a las fotografías de obras de arte. En efecto, el protocolo del acta original del CB (1886) disponía que “[i]l est entendu que la photographie autorisée d’une oeuvre d’art protégée jouit, dans tous les pays de l’Union de la protection légale, au sens de ladite Convention, aussi longtemps que dure le droit principal de reproduction de cette oeuvre même, et dans les limites des conventions privées entre les ayants droits”.

2. LA JUSTIFICACIÓN DE LA POSTURA DE LAS INSTITUCIONES DEL PATRIMONIO CULTURAL EN TÉRMINOS ECONÓMICOS

Tradicionalmente, museos y otras instituciones encargadas del patrimonio cultural han venido sosteniendo que las reproducciones de las obras incluidas en sus colecciones son fotografías y como tales estarían protegidas por derechos de propiedad intelectual (ya sean derechos de autor o derechos afines) y ello con independencia de si el objeto fotografiado forma parte o no del dominio público.

De esta manera, cualquiera que quiera utilizar esas imágenes estará obligado a obtener el consentimiento de su titular, generalmente a cambio de una contraprestación económica. Se ha llegado a decir que la protección por derechos de autor o derechos afines de esas reproducciones no supone negar el estatus de dominio público de las obras reproducidas, puesto que estas siguen siendo libremente accesibles por el público¹¹. Sin embargo, esta última afirmación es engañosa, puesto que generalmente esa pretendida titularidad sobre las imágenes de las obras se combina con la prohibición de realizar reproducciones por parte del público que tiene acceso a las obras originales. Para justificar esta última pretensión, en el caso de las obras que han pasado a formar parte del dominio público, se invoca no ya un derecho de propiedad intelectual sobre las mismas –pues este ya ha expirado–, sino el derecho de propiedad ordinaria que ostentan sobre las propias obras o sobre las instalaciones en las que estas se encuentran. De esta forma impiden que otros puedan hacer sus propias reproducciones o exigen elevadas tarifas a cambio, restringiendo así el acceso al mercado de imágenes de obras de arte, lo que en términos económicos se traduce en situaciones monopolísticas que provocan la disminución del número de reproducciones disponibles y un consiguiente aumento artificial de su precio¹².

Se ha dicho que el control de los derechos de explotación de las imágenes de sus colecciones constituye una fuente de ingresos *esencial* para poder cumplir su misión de fomento de la cultura y protección y conservación del patrimonio cultural, especialmente en tiempos en los que la inversión pública en la protección del patrimonio cultural se ha visto reducida y los museos se ven obligados a buscar otras formas de financiación¹³. En este sentido, el

11. ONG, B., “Originality from Copying: Fitting Recreative Works into the Copyright Universe”, *Intellectual Property Quarterly*, 2010, Issue 2, p. 186.
12. MARCIANO, A./ MOUREAU, N., “Museums, property rights, and photographs of works of art. Why reproduction through photograph should be free”, *Review of Economic Research on Copyright Issues*, Vol. 13(1), 2016, p. 4.
13. ALLAN, R. J., “After *Bridgeman*: Copyright, Museums, and Public Domain Works of Art”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 155, 2007, p. 962; CREWS, K.D., “Museum

Museums Copyright Group, una agrupación de museos británica fundada en 1996, sostiene que “[l]os ingresos obtenidos de los derechos de reproducción y de las licencias *son vitales* para que los museos puedan apoyar sus principales objetivos de educación y conservación”¹⁴. Sin embargo, este argumento ha sido rechazado en términos económicos, por un lado, porque los ingresos en concepto de licencias por la reproducción de las obras incluidas en sus colecciones son más bien limitados y, por otro, porque puede afectar a otras fuentes de ingresos¹⁵. En concreto, se ha demostrado que la difusión gratuita de las reproducciones digitales de las obras incluidas en sus colecciones aumenta la visibilidad de las instituciones encargadas de la protección del patrimonio cultural, lo que no solo se traduce en la atracción de más visitantes, que generan ingresos por otros conceptos¹⁶, sino que revierte positivamente en la imagen de los museos y favorece la consecución de sus fines de difusión y acceso al

Policies and Art Images: Conflicting Objectives and Copyright Overreaching”, *Fordham Intell. Prop. Media & Entert. Law Journal*, Vol. 22, 2012, p. 813.

14. *Vid.* <https://www.museumscopyright.org.uk/resources/articles/bridgeman/>.
15. *Vid.* MARCIANO, A./ MOUREAU, N., *op. cit.*, p. 12, que ponen de relieve que el incremento del número de reproducciones de las obras de un museo ayuda a aumentar la notoriedad de los originales y con ello el número de visitantes y también el precio que estos están dispuestos a pagar para acceder a sus instalaciones. Por su parte, la guía sobre la gestión de la propiedad intelectual para museos de la OMPI afirma que “la clave para la viabilidad económica a largo plazo de la producción de contenidos basados en el patrimonio cultural puede consistir en distribuir gratuitamente las imágenes con el fin de promover la colección e, indirectamente, la propia institución. Por último, la imagen de la pieza o la obra de arte del museo es una muestra del tipo de información que alberga el museo como institución educativa, y su distribución refuerza el prestigio y divulga el carácter del museo, lo que puede ser mucho más valioso que los ingresos que pudieran percibirse por la concesión de licencias de acceso a esas imágenes”, PANTALONY, R. E., *La gestión de la propiedad intelectual en los museos*, OMPI, Ginebra, 2013, pp. 56-57. En la misma línea, Kenneth Hamma, antiguo director ejecutivo de política digital de la J. Paul Getty Trust, la institución filantrópica más importante del mundo en el ámbito artístico, sostenía hace ya más de una década que la puesta a disposición de las reproducciones de obras en dominio público no solo está en línea con la misión de los museos, sino que puede ser beneficiosa también desde un punto de vista económico para estas instituciones, en la medida en que genera interés por sus colecciones e incrementa el número de visitantes, además de que puede favorecer la reputación de la institución y promover el respeto de los derechos de propiedad intelectual sobre otras obras en sus colecciones que no están en el dominio público, HAMMA, K., “Public Domain Art in an Age of Easier Mechanical Reproducibility”, *D-Lib Magazine*, Vol. 11, Num. 11, November 2005, disponible en <http://www.dlib.org/dlib/november05/hamma/11hamma.html>.
16. CAMERON, C. T., “In Defiance of Bridgeman: Claiming Copyright in Photographic Reproductions of Public Domain Works”, *Texas Intellectual Property Law Journal*, Vol. 15, 2006, pp. 59-60, señala, no obstante, que dicho argumento puede ser válido para los museos, pero no para los repositorios de imágenes digitales, como la Bridgeman Art Library, cuya única fuente de ingresos reside en la concesión de licencias sobre las obras incluidas en su repertorio.

patrimonio cultural¹⁷. Ello hace que cada vez sean más los museos que optan por permitir el acceso y la libre utilización de las reproducciones digitales de las obras en dominio público incluidas en sus colecciones¹⁸, viendo en ello un poderoso instrumento para atraer la atención del público, no sólo hacia sus sitios web sino también a las sedes físicas de los propios museos¹⁹. Ahora bien, crear esos catálogos digitales y mantenerlos es una tarea costosa y esta es la razón por la que todavía son muchas las instituciones del patrimonio cultural que se resisten a perder el control sobre la explotación de dichas imágenes, especialmente cuando esta se hace con fines comerciales.

3. LA PROTECCIÓN DE LAS REPRODUCCIONES DE OBRAS DE ARTE EN DOMINIO PÚBLICO COMO OBRA FOTOGRÁFICA Y LA NOCIÓN DE ORIGINALIDAD

3.1. Planteamiento

Museos, galerías y empresas especializadas en crear bancos de imágenes explotan comercialmente reproducciones de obras de arte en dominio público sobre la base de que las propias reproducciones están protegidas por derechos de autor. El razonamiento en que descansan sus pretensiones es que toda fotografía es una copia o una reproducción de la realidad y que la protección que otorga el derecho de autor no se hace depender del objeto fotografiado, sea este un paisaje, un retrato o una obra de arte. El argumento vendría a ser el siguiente: de la misma manera que si yo hago una fotografía del atardecer en la playa de San Juan esa fotografía está protegida por derechos de propiedad intelectual (aunque la playa de San Juan siga siendo de dominio público y pueda ser disfrutada y fotografiada por cualquiera que venga a Alicante), cuando yo hago una fotografía de *Las Meninas* de Velázquez, esa fotografía

17. A esta conclusión llega un estudio sobre la experiencia de once museos que decidieron difundir en *open access* las imágenes digitalizadas de las obras contenidas en sus colecciones y que concluye que las ventajas superan con creces a las pérdidas en todos los museos del estudio que han hecho la transición al acceso abierto, *vid.* KELLY, K., *Images of Works of Art in Museum Collections: the Experience of Open Access*, Council on Library and Information Resources, Washington, DC, 2013, p. 24, disponible en <http://www.clir.org/pubs/reports/pub157>.
18. *Vid.* CREWS, K. D./ BROWN, M. A., "Control of museum art images: the reach and limits of copyright and licensing", en Kur, A./ Mizaras, V. (eds.), *The Structure of Intellectual Property Law. Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, Cheltenham/ Northampton, Ma., 2021, p. 282.
19. Un claro ejemplo es la experiencia del Rijksmuseum, ampliamente documentada por PEKEL, J., *Democratising the Rijksmuseum – Why the Rijksmuseum make available their highest quality material without restrictions, and what are the results?*, Europeana, 2014, disponible en https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Publications/Democratising%20the%20Rijksmuseum.pdf.

estará protegida por derechos de propiedad intelectual porque es *mi* fotografía y ello aunque *Las Meninas* siga siendo una obra de dominio público y pueda, en teoría, se fotografiada por cualquiera que visite el Museo del Prado.

El problema es que para que una fotografía –como cualquier otra obra o creación intelectual– esté protegida por derechos de autor es necesario apreciar en ella un cierto grado de originalidad, lo que podría ponerse en duda en el caso de las fotografías que se limitan a reproducir de manera fidedigna una obra artística²⁰. Para ilustrar esta cuestión resulta de especial interés detenernos en la evolución de la jurisprudencia en los ordenamientos del *Common Law* en torno al estándar de originalidad requerido para apreciar que una fotografía está protegida por derechos de autor, particularmente cuando la fotografía reproduce una obra de arte preexistente.

3.2. Criterios utilizados para apreciar la originalidad de las fotografías de obras de arte

A. El asunto “Graves” (1869)

Durante mucho tiempo el reconocimiento de derechos de autor sobre las reproducciones de obras de arte en los ordenamientos del *Common Law* estuvo marcado por la decisión dictada por la *Court of Queen’s Bench* en el asunto *Graves* que data de 1869²¹. En él se discutía, entre otras cuestiones, si el demandado había vulnerado los derechos de autor del Sr. Graves sobre unas fotografías que, a su vez, reproducían grabados cuyos derechos pertenecían también al Sr. Graves. El problema que se planteaba era si las fotografías como tales estaban protegidas por derechos de autor. La opinión unánime del tribunal, expresada por el juez Blackburn, no parecía dejar lugar a la duda:

20. Recordemos que cuando nace la fotografía a principios del siglo XIX, esta fue considerada como un mero proceso mecánico que parecía incompatible con la expresión de la creatividad propia por parte de quien accionaba dicho proceso. Sin embargo, con la evolución de la técnica y los aparatos de fotografía, los elementos en los que el fotógrafo podía incidir en la imagen resultante iban a ser cada vez mayores y también las posibilidades creativas. La protección de las obras fotográficas se plasmó por primera vez en el plano internacional en 1948 con la revisión de Bruselas del Convenio de Berna, aunque formalmente nunca se han equiparado a otras creaciones artísticas, por lo menos en lo que se refiere al plazo de protección, que en la revisión de Estocolmo de 1967 se fijó en un mínimo de 25 años. No obstante, no debemos olvidar que el TODA de 1996, que es considerado un arreglo particular del CB en el sentido del art. 20 de este último, establece que el plazo de protección de las obras fotográficas será el del art. 7(1) CB, esto es, 50 años tras la muerte del autor. En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva sobre el término de protección extiende este plazo a 70 años, equiparándolo así al del resto de creaciones intelectuales.

21. *Graves’ Case* [(1969) LR 4 QB 715].

*“Todas las fotografías son copias de algún objeto, como una pintura o una estatua. Y me parece que una fotografía tomada de una imagen es una fotografía original, de manera que copiarla constituye una infracción de esta ley”*²².

Partiendo de la premisa sentada en *Graves* de que toda fotografía en esencia reproduce un objeto preexistente, la opinión prevalente en el Derecho inglés ha sido durante mucho tiempo que la originalidad requerida para considerar una fotografía protegida por derechos de autor no puede hacerse depender de su objeto. Así, se ha sostenido que con independencia de cuál sea el objeto fotografiado, el autor de una fotografía estará investido de derechos de autor sobre la misma siempre que pueda demostrar que ha invertido cierto grado de tiempo, habilidad y trabajo (*time, skill, and labour*) en la producción de la fotografía, para lo que basta con que haya tenido que tomar decisiones sobre cuestiones tales como el ángulo desde el que tomar la fotografía, la iluminación, la velocidad correcta de la película o el filtro que debe utilizarse²³.

B. El asunto “Bridgeman” Art Library Ltd. v Corel Corp. (1998–1999)

Tuvo que pasar más de un siglo para que, desde el otro lado del Atlántico, la Corte del Distrito Sur de Nueva York viniera a cuestionar la autoridad de *Graves* en relación con la determinación del estándar de originalidad de las fotografías que reproducen obras de arte. La cuestión se había planteado en un asunto que enfrentaba a la Bridgeman Art Library, un importante repositorio de imágenes de obras de arte fundado en el Reino Unido en 1972, con una compañía de *software* canadiense denominada Corel Corporation, que a mediados de los noventa comercializó en Reino Unido, Canadá y EE. UU. un CD-ROM que incluía reproducciones de cuadros de maestros europeos de la pintura, todos ellos ya en el dominio público. La Bridgeman Art Library presentó una demanda ante los tribunales estadounidenses alegando que los derechos de autor sobre las imágenes digitales de esas obras le pertenecían y que Corel no podía haberlas obtenido de otra fuente que no fuera su catálogo, dado que algunas de esas obras estaban en colecciones privadas a las que Bridgeman tenía acceso en régimen de exclusiva.

En una primera decisión de 13 de noviembre de 1998 el Juez Kaplan parte de la premisa de que para determinar si las fotografías controvertidas estaban protegidas por derechos de autor debía aplicarse la legislación del Reino

22. La ley a la que aludía el juez Blackburn es la *Fine Art Copyright Act* de 1862, que fue la primera ley que reconoció expresamente derechos de autor sobre las obras fotográficas en el Reino Unido.

23. GARNETT, K. et al., *Copinger and Skone James on Copyright*, 14.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 1999, § 3-104.

Unido, donde las fotografías habían sido publicadas originariamente²⁴. Por lo tanto, para valorar la originalidad de las fotografías controvertidas, el juez Kaplan aplicó la *Copyright, Designs and Patent Act* de 1998 y la interpretación que de esta había hecho la jurisprudencia británica en *Interlego*, que había considerado que, para ser original, una obra no tiene necesariamente que ser nueva en su forma, sino que lo determinante es que haya sido creada por su autor y no haya sido copiada de otra obra, rechazando expresamente que la habilidad, el trabajo y el juicio necesarios para realizar una copia sean suficientes para considerar que estamos ante una obra original. Solo cabe considerar original la copia cuando se pueda apreciar en ella un cambio visualmente significativo respecto de la obra copiada.

Ello no quiere decir –prosigue el fallo– que el autor, en todo caso, deba crear toda la obra partiendo de cero para que esta sea merecedora de protección. La protección de una obra derivada depende de si la habilidad, el juicio y el trabajo del autor transforman la obra subyacente de manera relevante, de forma que no cabe apreciar originalidad cuando la obra en cuestión “se copia íntegramente de una obra existente, sin ninguna adición, alteración, transformación o combinación significativa con otro material”. Partiendo de estas premisas, la conclusión a la que llegaba el fallo de la Corte de Distrito es que las fotografías del catálogo de la Bridgeman Art Library carecían de la suficiente originalidad para ser protegibles por la ley del Reino Unido, puesto que se trataba de copias sustancialmente idénticas de obras preexistentes, pero en un medio distinto.

En un segundo fallo sobre este mismo asunto –el juez Kaplan había accedido a reconsiderar su decisión ante las alegaciones presentadas por las partes–, la Corte de Distrito vino a confirmar su primera resolución alegando idénticas razones, pero aplicando ahora el Derecho estadounidense, tras un detallado análisis que le llevó a la conclusión de que este debía ser el ordenamiento aplicable²⁵. Incluso asumiendo que el estándar fijado por la jurisprudencia americana para apreciar la originalidad de una fotografía es muy bajo²⁶, el fallo concluye que hay casos en los que se debe denegar protección a una fotografía por falta de originalidad y uno de ellos es precisamente cuando la fotografía no sea más que una copia servil (*slavish copy*) de otra fotografía u otro material impreso, por mucho que su realización requiera de cierta habilidad técnica y esfuerzo. En este sentido la Corte Suprema ya había rechazado

24. *The Bridgeman Art Library Ltd. v Corel Corp.*, 25 F. Supp. 2nd 241 (S.D.N.Y. 1998).

25. *Bridgeman Art Library v. Corel Corp.*, 36 F.Supp.2d 191 (S.D.N.Y. 1999).

26. El Juez Kaplan parte de la premisa de que probablemente la mayoría de las fotografías reúnen el mínimo de originalidad requerido para estar protegidas por el derecho de autor. Esa originalidad les puede venir dada por la composición de la escena, la iluminación, el encuadre, el uso de filtro, las técnicas de revelado o, simplemente, por la oportunidad de capturar una imagen que es improbable que se repita.

unos años antes la doctrina del “sweat of the brow” –equivalente al *skill, labour, and effort* de la jurisprudencia británica– en el célebre asunto *Feist*, en el que el alto tribunal concluye que “*sweat of the brow alone is not the creative spark which is the sine qua non of originality*”²⁷. Por otro lado, el fallo encuentra apoyo en *Batlin*, un asunto resuelto por el pleno de la Corte de Apelación del Segundo Circuito, en el que se había considerado ya que la reproducción de una obra artística en dominio público –en este caso se trataba de una antigua alcancía metálica– puede protegerse por derechos de autor, pero sólo si la reproducción incorpora alguna modificación distinguible, pues de lo contrario se estaría permitiendo la reapropiación de una obra que ha pasado a formar parte del dominio público²⁸.

Aun así, el Juez Kaplan no se detuvo aquí y concluyó que, aunque resultase aplicable la legislación del Reino Unido, la solución seguiría siendo la misma, pues la doctrina sentada en *Graves* –que no había sido invocada por la demandante en un primer momento– se había visto superada por los avances de la fotografía y por la evolución posterior de la noción de originalidad en la jurisprudencia británica.

3.3. La noción de originalidad en el Derecho de la Unión Europea y su aplicación a las reproducciones de obras de arte

Pese a que, obviamente, la decisión de la Corte del Distrito Sur de Nueva York en el asunto *Birdge*man no era vinculante para los tribunales británicos, lo cierto es que este asunto tuvo una gran resonancia en el Reino Unido. Tanto es así que el *Museums Copyright Group*, una organización fundada para asistir a los museos en cuestiones relacionadas con derechos de autor, se apresuró a encargar un dictamen sobre esta cuestión a un conocido especialista en la materia, que concluyó que conforme al Derecho inglés una fotografía de una obra artística sí podía estar protegida por derechos de autor, y ello con independencia de que aquella sea una obra tridimensional, como una escultura, o bidimensional, como un cuadro²⁹.

27. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340 (1990), que negó la protección de los derechos de autor a la guía telefónica del demandante, a pesar del laborioso esfuerzo invertido en su montaje, porque la obra resultante no mostraba ninguna originalidad que pudiera atribuirse a este último.

28. *L. Batlin & Son, Inc. v. Snyder* 536 F.2d 486 (2d Cir.) (*in banc*).

29. Vid. <https://www.museumscopyright.org.uk/resources/articles/bridgeman/>. Aunque quizá, como sugiere PETRI, G., “The Public Domain vs. the Museum: The Limits of Copyright and Reproductions of Two-dimensional Works of Art”, *Journal of Conservation and Museum Studies*, 2014, 12(1):8, DOI: <http://doi.org/10.5334/jcms.1021217>, p. 2, la sombra del asunto *Bridgeman* seguía generando dudas sobre cuál sería la posición de los tribunales en el Reino Unido. Así se pudo comprobar en el contencioso

En efecto, al menos hasta que en 2009 el Tribunal de Justicia resolvió el asunto *Infopaq*, la opinión mayoritaria entre la doctrina era que en el Reino Unido cabía entender que una obra era original siempre que fuera el resultado de la habilidad, el trabajo o el esfuerzo (*skill, labour, and effort*) de su autor³⁰. Atendiendo a esta concepción de la originalidad, cuál sea el resultado de ese trabajo, habilidad o esfuerzo del autor resultaría irrelevante. Por lo tanto, a diferencia de la concepción de los países que siguen la tradición continental del *droit d'auteur*, la noción de creatividad o la idea de que la obra refleje la personalidad del autor no jugaba ningún papel a la hora de apreciar la originalidad³¹. Esta postura, sin embargo, parece difícilmente reconciliable con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el requisito de la originalidad que debe reunir toda obra protegida³².

Recordemos que las Directivas en materia de derechos de autor no definen la noción de originalidad con carácter general. Sí lo hace, en cambio,

surgido entre la National Portrait Gallery (NPG) y Derrick Coetzee, un estudiante de la Universidad de California, que había subido al repositorio de la Wikipedia Commons cerca de 3.000 obras digitalizadas obtenidas con ayuda de un *software* que le permitía reconstruir la imagen completa de las mismas a partir de los fragmentos que la propia NPG había puesto a disposición a través de su sitio web. Pese a que todas esas obras estaban en el dominio público en el Reino Unido, la NPG envió una carta a Coetzee en la que exigía que fueran retiradas del lugar donde estaban alojadas, alegando –entre otras razones– que, con independencia de que las obras fotografiadas estuviesen en dominio público, las fotografías en sí mismas estaban protegidas por derechos de *copyright* y que estos le pertenecían. A pesar de la negativa de Coetzee, la NPG decidió no llevar el caso ante los tribunales, probablemente por el temor de que una sentencia desfavorable pudiese clarificar definitivamente la cuestión en un sentido contrario a sus intereses. A día de hoy la NPG sigue atribuyéndose los derechos de propiedad intelectual sobre todas las reproducciones de obras de su catálogo, incluidas aquellas que forman parte del dominio público, *vid.* <https://www.npg.org.uk/business/images>. Sobre la disputa entre la NPG y Derrick Coetzee, *vid.* STOKES, S., *Art and Copyright*, 2nd ed., Hart, Oxford, 2012, pp. 156-162.

30. *Vid.* GARNETT, K., “Copyright in Photographs”, *E.I.P.R.*, Vol. 22, Issue 5, 2000, pp. 236-237, especialmente crítico con la posición sostenida por el Juez Kaplan en el asunto *Bridgeman*; STOKES, S., “Copyright in Photographs of Works of Art: The Bridgeman Litigation”, *Art, antiquity and Law*, Vol. 5, Issue 1, 2000, p. 55; *Id.*, *Art and Copyright*, *cit.*, p. 139; ONG, B., *op. cit.*, pp. 178 y 190. En contra, no obstante, DEAZLEY, R., “Photographing Paintings in the Public Domain: A Response to Garnett”, *E.I.P.R.*, Vol. 23, Issue 4, 2001, pp. 183-184.
31. RAHMATIAN, A., “Originality in UK Copyright Law: The Old ‘Skill and Labour’ Doctrine Under Pressure”, *IIC*, Vol. 44, 2013, p. 5.
32. En contra, TORREMAN, P., “El papel de los conceptos autónomos del Tribunal de Justicia como elemento armonizador de la legislación sobre derechos de autor en el Reino Unido”, en Cámara Águila, P./ Garrote Fernández-Díez, I. (coord.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 654-655, quien trata de justificar la compatibilidad del concepto de originalidad a partir de la expresión de la personalidad del autor con la fórmula británica de la habilidad, el trabajo, y el esfuerzo en los términos en los que esta viene siendo interpretada por los tribunales.

la Directiva 96/9/CE en relación con las bases de datos, que se consideran originales cuando la selección y disposición de su contenido “constituya una labor de creación intelectual propia del autor”³³. En el mismo sentido, la Directiva 2009/24/CE considera que un programa de ordenador es original cuando sea una “creación intelectual propia de su autor”³⁴, criterio que acoge también, precisamente en relación con la obra fotográfica, la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección (en adelante, DPP), aclarando que son creaciones intelectuales *propias* del autor las que reflejan su personalidad³⁵. Sobre estos cimientos, el Tribunal de Justicia ha construido un concepto de originalidad que sería aplicable a cualquier categoría de obra³⁶. Esta jurisprudencia arranca en *Infopaq*, un asunto en el que se planteaba si una empresa que realizaba el seguimiento y análisis de medios de comunicación impresos y elaboraba extractos de los mismos con fines comerciales realizaba con ello actos de reproducción en el sentido del art. 2 DDASI y, en su caso, si esta actividad estaría amparada por el límite contemplado en el art. 5.1 de la propia directiva³⁷. Pero antes de abordar estas cuestiones, el Tribunal procede de manera preliminar a definir el concepto de “obra” en el ámbito de la DDASI y lo hace basándose en el concepto de originalidad previamente establecido por las Directivas sobre programas de ordenador, bases de datos y término de protección, lo que le lleva a afirmar que “el derecho de autor a los efectos del artículo 2, letra a) DDASI sólo se aplica a las obras que constituyen creaciones intelectuales originales atribuidas a éste”³⁸, criterio este de la creación intelectual propia del autor que resultará aplicable igualmente para determinar si una parte de la obra está protegida ante un acto de reproducción³⁹.

33. Art. 7 y considerando 15 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/9/oj>.

34. Art. 1.3 y considerando Directiva 2009/24/CE de 23 de abril de 2009 sobre la protección de los programas de ordenador, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/24/oj>. En el mismo sentido se pronunciaba ya su predecesora, la Directiva 91/250/CEE de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1991/250/oj>.

35. Art. 6 y considerando 16 Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección y con anterioridad art. 6 y considerando 17 de la Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1993/98/oj>.

36. Sobre esta cuestión, *vid.* HERNANDO COLLAZOS, I., “Patrimonio fotográfico. Originalidad y dominio público. Una aproximación desde el Derecho de autor en España”, *RIIPAC*, n.º 2/2013, pp. 86 y ss.

37. STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08 (*Infopaq*), ECLI:EU:C:2009:465.

38. *Ibid.*, ap. 37.

39. *Ibid.*, ap. 39.

La doctrina sentada *Infopaq* ha sido después desarrollada por el propio Tribunal de Justicia en otros asuntos⁴⁰, entre los que merece la pena destacar *Painer*, puesto que en él estaba en cuestión precisamente la apreciación de la originalidad de las obras fotográficas y, en particular, aquellas en las que el motivo fotografiado viene predeterminado de antemano (en este caso el problema se había planteado en relación con un retrato realizado por encargo)⁴¹. El Tribunal llega a la conclusión de que, pese a ello, el autor todavía conserva un amplio margen para tomar “decisiones libres y creativas” en diversos momentos de su ejecución, desde la preparación (elegir la escenificación, la pose de la persona que se va a fotografiar o la iluminación), el momento de tomar la fotografía (seleccionando el enfoque, el encuadre o el ambiente creado), o incluso al realizar las copias (mediante las técnicas de revelado o el uso de programas informáticos)⁴². A través de estas decisiones –afirma el Tribunal de Justicia–, el autor de un retrato fotográfico puede dejar su “impronta personal” en la obra creada⁴³. Sin embargo, no parece que esto mismo pueda decirse de una fotografía que pretende ser un reflejo fidedigno de una obra de arte preexistente, pues en este caso lo que está predeterminado no es (o no es tan solo) el objeto, sino el resultado perseguido, por lo que no queda margen para que el fotógrafo deje su impronta personal. Cuando se hace una fotografía que pretende ser una reproducción fidedigna de una obra de arte (pongamos el caso de un cuadro), su autor (el autor de la fotografía) puede tomar decisiones

40. Vid. STJUE (Sala Tercera) de 22 de diciembre de 2010, asunto C-393/09 (*BSA*), ECLI:EU:C:2010:816, aps. 45-46; STJUE (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08 (*Football Association Premier League*), ECLI:EU:C:2011:631, ap. 97; STJUE (Sala Tercera), de 1 de marzo de 2012, asunto C-604/10 (*Football Dataco*), ECLI:EU:C:2012:115, aps. 37-39, en virtud de la cual no cabe apreciar originalidad en una base de datos que recoge calendarios de competiciones deportivas, puesto que la selección y disposición de su contenido viene “dictada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa”; STJUE (Gran Sala) de 2 de mayo de 2012, asunto C-406/10 (*SAS*), ECLI:EU:C:2012:259, aps. 65-67; STJUE (Sala Segunda) de 7 de agosto de 2018, asunto C-161/17 (*Renckhoff*), ECLI:EU:C:2018:634, ap. 14; STJUE (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2019, asunto C-683/17 (*Cofemel*), ECLI:EU:C:2019:721, ap. 29, donde abiertamente se afirma que la originalidad, entendida como creación intelectual propia de su autor, constituye un elemento imprescindible del concepto de “obra” y que esta es una noción autónoma del Derecho de la Unión, que debe ser interpretada y aplicada de manera uniforme; STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019, asunto C-469/17 (*Funke Medien*), ECLI:EU:C:2019:623, aps. 19 y 23, en la que el Tribunal de Justicia aclara que no cabría apreciar originalidad en un documento –en este caso eran unos informes militares reservados– que cumple una función exclusivamente técnica y cuyo contenido viene predeterminado esencialmente por la información que el mismo recoge, de manera que esta información y su expresión se confunden en dicho documento (*ibid.* ap. 24).
41. STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10 (*Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH y otros*), ECLI:EU:C:2011:798.
42. *Ibid.*, aps. 90-91.
43. *Ibid.*, ap. 92.

de carácter técnico con la finalidad de lograr que el resultado exprese con la mayor fidelidad posible la obra preexistente, pero no toma decisiones creativas, precisamente porque lo que pretende no es aportar su visión de la obra, sino que el resultado de la fotografía refleje de manera fiel la expresión artística del autor de la obra preexistente⁴⁴. A esta misma conclusión llegaba un informe publicado por la Oficina de la Propiedad Intelectual del Reino Unido en 2014, en el que, tras poner de manifiesto el carácter controvertido de la originalidad de las reproducciones de obras de arte, concluía que, partiendo de la doctrina sentada por el TJUE parece poco probable que lo que no es más que una imagen retocada y digitalizada de una obra preexistente pueda considerarse “original”, dado que, si lo que se quiere es reproducir fielmente una obra, el margen de maniobra para tomar decisiones libres y *creativas* es mínimo⁴⁵.

Ciertamente, para realizar una reproducción de alta calidad de una obra de arte será necesaria la utilización del equipamiento adecuado y la adopción de múltiples decisiones de carácter *técnico*—iluminación apropiada, selección de la apertura del diafragma, tiempo de exposición y el ISO, elección de filtros, etc.—, pero probablemente si se encarga el mismo trabajo a dos profesionales experimentados el resultado que obtendrán será prácticamente idéntico. En este sentido, la jurisprudencia española ha venido rechazando de manera constante que la mera dificultad técnica para lograr una imagen de calidad sea suficiente para considerar que una fotografía es original y, por tanto, merecedora de la consideración de obra fotográfica. Es muy clara la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de diciembre de 2004, relativa a la fotografía de una mariposa realizada para su inclusión en un libro sobre insectos, en la que se afirma que no cabe apreciar originalidad en una fotografía “por muy complejo que fuera el procedimiento seguido para obtener la fotografía en cuestión (selección del objetivo, iluminación envolvente, utilización de la emulsión adecuada, colocación de un tubo de extensión y selección del diafragma)”. La originalidad —prosigue el fallo— requiere algo más, en concreto “que resulte palmario que el autor no se ha limitado a reproducir sin más la imagen pretendida fijando por medios químicos la imagen captada en el fondo de una cámara oscura, sino que puso su inteligencia al servicio del resultado final obteniendo con ello una obra de la que puede predicarse su carácter personalísimo”⁴⁶.

44. En este sentido, BUTLER, K. C., “Keeping the World Safe from Naked-Chicks-in-Art Refrigerator Magnets: The Plot to Control Art Images in the Public Domain through Copyrights in Photographic and Digital Reproductions”, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 21, 1998, pp. 102-103; PETRI, G., *op. cit.*, p. 6.

45. UK INTELLECTUAL COPYRIGHT OFFICE, *Copyright Notice: digital images, photographs and the internet* Copyright Notice Number: 1/2014 Updated: November 2015, p. 3, disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/481194/c-notice-201401.pdf.

46. SAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 20 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 56468). La misma doctrina aparece recogida en la SAP de Pontevedra (Secc. 1.^a) de 3 de mayo

4. LA PROTECCIÓN DE LAS REPRODUCCIONES DE OBRAS DE ARTE COMO MERAS FOTOGRAFÍAS

4.1. Delimitación de la noción de “mera fotografía”

Dado que el criterio de la originalidad (o, mejor dicho, la falta de ella) es el principal obstáculo para ofrecer la protección propia del derecho de autor a las fotografías que se limitan a reproducir fielmente una obra de arte preexistente, se ha recurrido a la protección limitada que en algunos ordenamientos se otorga a las meras fotografías, esto es, aquellas en las que falta precisamente el requisito de la originalidad.

La posibilidad de reconocer ciertos derechos de propiedad intelectual sobre las fotografías que no alcancen la consideración de obra protegida está contemplada en el art. 6 de la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección, a tenor del cual:

“Las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1 (es decir, como obra literaria o artística). No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías”.

De este precepto cabe extraer varias conclusiones: en primer lugar, que la distinción entre las obras fotográficas y esas “otras” fotografías protegidas radica en el requisito de la originalidad, propio de las primeras y que no se

de 2013 (JUR 2013, 206951), referida también a la fotografía de una mariposa. En otras ocasiones nuestros tribunales han señalado que tienen la consideración de meras fotografías aquellas “que se limitan a recoger de forma ordinaria o común escenas, figuras o acontecimientos de la realidad aunque sea con gran precisión técnica y perfección de imagen”, SAP de Barcelona (Secc. 15.ª) de 1 de febrero de 2005 (JUR 2005, 118772), relativa a una fotografía que reproducía el cuerpo de un modelo en traje de baño como parte de un reportaje realizado con fines publicitarios; SAP de Barcelona (Secc. 15.ª) de 29 de julio de 2005 (JUR 2006, 45641), en relación con varias fotografías realizadas por encargo para su inclusión en una obra enciclopédica. A idéntica conclusión llega la SAP de Barcelona (Secc. 15.ª), de 22 de diciembre de 2006 (AC 2011, 1653), relativa a la fotografía de un producto comercial para promocionar su venta, que llega a afirmar que “el alarde técnico no convierte a la fotografía obtenida en una creación intelectual que refleja la personalidad del realizador, no plasma el espíritu del fotógrafo, su particular estilo, su inteligencia, el mensaje que quiere trasladar, las inquietudes que pretende comunicar, sino estrictamente su pericia”. Aunque referida a una cuestión distinta —en este caso se trataba de la reedición del Libro de las Horas de Carlos V—, podemos traer a colación también la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 14 de junio de 2005 (AC 2005, 1078), que concluye que la mera reproducción de una obra en dominio público, pese a ser técnicamente perfecta y sofisticada, no tiene ninguna singularidad que haga la publicación distinguible de otras.

exige a las segundas; en segundo término, que los Estados miembros están obligados a otorgar a las obras fotográficas la misma protección que a cualquier otra creación intelectual, sin que quepa exigir ningún otro requisito adicional más allá de la originalidad, como pudiera ser el mérito o la finalidad (artística, publicitaria, informativa...) ⁴⁷; y, por último, que la protección de las fotografías no originales es facultativa, quedando también a la discreción de los Estados miembros la determinación de los requisitos de los que se haga depender esa protección y el alcance de la misma.

Sólo siete países de la Unión Europea reconocen un cierto grado de protección a esas otras fotografías que no reúnen el requisito de la originalidad –Alemania, España, Italia, Austria, Dinamarca, Finlandia y Suecia–, protección que, en general, se caracteriza por tener un plazo de duración más reducido ⁴⁸.

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual distingue la obra fotográfica (art. 10.1.h TRLPI) de las *meras fotografías* y otras reproducciones obtenidas por procedimientos análogos que no merezcan la calificación de obra protegida, esto es, cuando no quepa apreciar en ellas el requisito de la originalidad (art. 128 TRLPI) ⁴⁹. Estas últimas se regulan dentro del Libro II del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual junto con “otros derechos de propiedad intelectual”, que no son propiamente derechos de autor. A tenor de lo dispuesto en el art. 128 TRLPI al realizador de una mera fotografía se le reconoce una protección más limitada de la que goza al autor de una obra fotográfica. Por un lado, sólo se le atribuyen ciertos derechos de explotación,

47. Considerando 16 Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección.

48. WALTER, M. M./ VON LEWINSKI, S., *European Copyright Law: A Commentary*, 1.ª ed. (reimpr.), Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 588, se plantean, sin embargo, si la protección que reciban las fotografías que no tengan la consideración de obra fotográfica ha de ser necesariamente más reducida o si, por el contrario, un Estado miembro podría otorgar a ambas el mismo grado de protección.

49. El reconocimiento de derechos de propiedad intelectual sobre las meras fotografías carentes de originalidad ha sido criticado por parte de la doctrina española por considerar que no es este el cauce adecuado para proteger los intereses económicos y comerciales de los fotógrafos y que nuestro legislador se habría dejado llevar por las presiones de estos últimos para introducir una figura importada de otros ordenamientos, pero que carecía de antecedentes en nuestro Derecho antes de la Ley 11/1987, *vid.*, ROGEL VIDE, C., “Artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en Albaladejo García, M./ Díaz Alabart, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 4.º A, EDESA, Madrid, 1994, p. 253, para quien “las fotografías, o son obras del espíritu y se protegen, o no lo son y no se protegen [...] Lo que no tiene sentido es arbitrar una protección doble –para las fotografías y las meras fotografías–”. En el mismo sentido, CARRANCHO HERRERO, M. T., “Las cosas fotografiadas. En torno a la llamada imagen de las cosas propias”, en Serrano Fernández, M. (coord.), *Fotografía y Derecho de autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 128-129; PIZARRO MORENO, E., “Obras expresadas por procedimientos análogos a los fotográficos. En torno a las llamadas ‘simples fotografías’”, en Serrano Fernández, M. (coord.), *Fotografía y Derecho de autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 34 y 43.

en concreto, los de reproducción, distribución y comunicación pública, pero no disfrutará de los derechos morales del autor ni de ciertos derechos de contenido patrimonial, como el derecho de transformación –probablemente por su indudable conexión con el derecho moral a la integridad de la obra– o los derechos de simple remuneración⁵⁰. Por otro lado, los derechos sobre las meras fotografías tienen una duración sensiblemente más limitada que la que se reconoce sobre la obra fotográfica, quedando reducida a veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía.

Lo que no queda claro es si la protección que la ley otorga a las meras fotografías depende de que estas cumplan algún requisito –distinto de la originalidad, lógicamente– o si, por el contrario, toda fotografía o reproducción por medio de un procedimiento análogo que no tenga la consideración de obra quedaría encuadrada dentro de aquella categoría y gozaría, por tanto, de la protección limitada del art. 128 TRLPI⁵¹.

En verdad, el art. 128 TRLPI define las meras fotografías por exclusión, esto es, aquellas que no tienen la condición de obra fotográfica, lo que podría llevar a pensar que el legislador ha querido proteger por esta vía cualquier fotografía que no reúna el requisito de la originalidad⁵². Sin embargo, parte de la doctrina entiende que no toda fotografía es protegible, sino que incluso las meras fotografías requieren que pueda apreciarse en ellas una mínima aportación del fotógrafo⁵³, un esfuerzo intelectual que, sin embargo, no se da en

50. Es dudoso el caso del derecho de remuneración por copia privada, *vid.* BONDÍA ROMÁN, F., “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, *ADC*, Tomo LIX, 2006, pp. 1088-1089, que se decanta no obstante partidario de su reconocimiento.

51. Esta parece ser la opinión de BONDÍA ROMÁN, F., *op. cit.*, p. 1072, para quien en las meras fotografías “predomina el aspecto meramente mecánico o técnico, en las que la captación de la imagen o impresión de la película se limita a pulsar el disparador de la cámara. En definitiva, las que carecen de cualquier aspecto creativo o intelectual”. Tampoco distingue entre meras fotografías y otras prestaciones fotográficas no protegidas BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 128”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Tecnos, 2017, pp. 1765-1767, que además incluye dentro de las meras fotografías las realizadas mecánicamente por instalaciones de seguridad.

52. Así, VALERO MARÍN, E., *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 108. Considera, no obstante, este autor que la protección prevista por el art. 128 TRLPI debe quedar reservada a aquellas fotografías que sean el resultado de una actividad humana y que no sean idénticas a otra precedente, *ibid.*, p. 239.

53. SOLER MASOTA, P., “Fotografía y Derecho de autor”, *ADC*, Tomo LII, 1999, p. 120. En la misma dirección apuntaba ya RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “Artículo 118 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en Albaladejo García, M./ Díaz Alabart, S. (coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 4.º B, EDERSA, Madrid, 1995, p. 530, cuando afirmaba que, junto al factor técnico propiamente dicho, “incluso en las meras fotografías hay algo de aportación personal que justifica la tutela del legítimo interés del realizador a explotar, con carácter exclusivo, el resultado de su

ciertas fotografías o reproducciones realizadas por medios análogos a la fotografía, como una simple fotocopia de un libro⁵⁴. Por lo tanto, a la dicotomía establecida por la ley entre obra fotográfica y mera fotografía habría que añadir un *tertium genus* donde se incluirían aquellas reproducciones fotográficas que no alcancen la consideración de obras fotográficas ni de meras fotografías. De aceptar estas consideraciones, y una vez que hemos descartado que pueda apreciarse en ellas el requisito de la originalidad, se plantea inmediatamente la cuestión de si la reproducción servil de una obra de arte preexistente merecería la consideración de mera fotografía o, por el contrario, debería ser considerada como una simple reproducción carente de protección.

4.2. El asunto “Reiss-Engelhorn Museen v. Wikimedia” (2018)

La cuestión de la protección de las reproducciones de obras de arte como meras fotografías se planteó recientemente en un asunto resuelto en última instancia por el Tribunal Supremo alemán⁵⁵. El caso tenía su origen en la puesta a disposición del público a través Internet de 37 imágenes de obras de arte pertenecientes a la Reiss-Engelhorn Museen (REM), una agrupación

elaboración”. Por su parte, GALACHO ABOLAFIO, A. F., “La originalidad en los derechos de autor, un enfoque fotográfico”, *ADI*, Vol. 38, 2017-2018, pp. 344-346, parte de la premisa de que nuestro Derecho protege todo tipo de fotografía, bien como obra fotográfica o como mera fotografía, pero propone de *lege ferenda* diferenciar dentro de esta última categoría aquellas en las que cabe apreciar una inversión económica o un esfuerzo razonable y que serían las únicas cuya protección estaría justificada.

54. En este sentido, la Ley de derechos de autor italiana de 22 de abril de 1941 reconoce derechos conexos sobre las *simples* fotografías, categoría en la que el art. 87 de dicha ley incluye “las imágenes de personas o de asuntos, elementos o hechos de la vida natural y social obtenidas mediante procedimiento fotográfico u otro análogo, incluidas las reproducciones de obras de las artes figurativas y los fonogramas de las películas cinematográficas”, pero no las “fotografías de escritos, documentos, documentación comercial, objetos materiales, dibujos técnicos y productos similares”, que quedan, por el contrario, fuera de protección. No obstante, en relación con estas últimas, la Corte Suprema italiana ha matizado que únicamente quedan excluidas de protección aquellas fotografías persigan una mera función de documentación y en las que no quepa apreciar especiales habilidades técnicas y profesionales del fotógrafo, *vid.*, entre otras, *Corte di Cassazione* de 21 de junio de 2000, n. 8425, *AIDA* 2000, 663/1. En consecuencia, la protección de las simples fotografías se entiende referida en Italia a aquellas en las que cabe apreciar una aportación personal del fotógrafo derivada de sus especiales habilidades técnicas o profesionales, pero en las que falta el elemento creativo, propio de las obras fotográficas, *vid.* UBERTAZZI, L. C., “La protezione delle fotografie in Italia”, *Il Diritto di Autore*, 1998, pp. 52-53; MARCHETTI, P./ UBERTAZZI, L. C., *Commentario berve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 5.^a ed., CEDAM, Padova, 2012, p. 1658.
55. BGH, de 20 de diciembre de 2018 (*Museumfotos*) – I ZR 104/17. Puede verse una reseña en castellano de esta sentencia a cargo de Agnes LUCAS-SCHLOETTER en *Pe. i.*, *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 62, 2019, pp. 138-140.

de museos de la ciudad alemana de Mannheim. De esas 37 imágenes, 17 habían sido obtenidas escaneando las fotografías de un catálogo editado por la demandante, mientras que las otras 20 habían sido tomadas durante diversas visitas a los museos por el propio usuario que luego las subió al sitio web de Wikimedia Commons.

Ante esta situación, los museos titulares de las mencionadas obras de arte requirieron a Wikimeidia Foundation y Wikimedia Deutschland para que retiraran las imágenes alojadas en sus servidores. Alegaban, por un lado, que las fotografías que habían sido escaneadas estaban protegidas por derechos de propiedad intelectual según la ley alemana, por lo que no podían ser reproducidas sin su consentimiento, y, por otro, en relación las fotografías que el propio usuario había tomado de las obras expuestas en los museos, los demandantes consideraban que suponían una vulneración de su derecho de propiedad sobre dichas obras, derecho que incluiría la facultad de controlar la reproducción de su imagen. Por su parte, las demandadas invocaban en su defensa que las fotografías eran meras réplicas de las obras originales, por lo que no llegaban a superar el umbral establecido por el § 72 de la *Urhebergesetz* (UrhG) para la protección de las meras fotografías (menos aún como obra fotográfica) y que, además, todas las obras reproducidas estaban en el dominio público, por lo que el propietario no podía pretender seguir ejercitando un derecho exclusivo a la explotación de su imagen a través de reproducciones fotográficas. Para justificar esta postura argumentaban que el derecho de propiedad de los museos sobre sus colecciones debía ser interpretado de conformidad con ciertos derechos fundamentales, en concreto, el derecho a la información, recogido en el § 5.1 de la Constitución alemana, así como la función social de la propiedad reconocida en el § 14.2, lo que les llevaba a concluir que las instituciones de patrimonio cultural debían permitir fotografías para fines privados, científicos o educativos. Sin embargo, ninguno de estos argumentos parecieron convencer al *Bundesherichtshoff*.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, el tribunal considera que las fotografías de las obras de arte incluidas en el catálogo no reunían la originalidad suficiente para ser consideradas obras fotográficas protegidas por derechos de autor, dado que el ámbito de libertad del fotógrafo quedaba limitado a aspectos puramente técnicos encaminados a producir una fiel representación del original. Sin embargo, considera que la habilidad para seleccionar la ubicación, la distancia, el ángulo o la exposición, sí permiten calificar la reproducción exacta de una obra de arte como mera fotografía. Debemos aclarar que el Derecho alemán (como el español) distingue entre la protección de la obra fotográfica y otras fotografías⁵⁶. Las primeras (*Lichtbildwerken*),

56. El § 72(1) UrhG, incluido en la Parte II de la ley alemana relativa a los derechos afines, dispone que “[l]as disposiciones de la Parte I (que regula los derechos de autor)

como toda obra, han de cumplir el requisito de la originalidad, en el sentido de que han de constituir una creación intelectual de su autor, lo que está en consonancia con la doctrina sentada por el TJUE. Por su parte, las simples fotografías (*Lichtbildern*), son aquellas que no superan el umbral de originalidad y están protegidas por un derecho afín al derecho de autor, que se caracteriza fundamentalmente por estar sujeto a un plazo de duración más reducido⁵⁷. Sin embargo, ello no significa que en Alemania toda reproducción por medio de fotografía o técnicas semejantes a la fotografía pueda entenderse amparada por la protección que dispensa el § 72(1) UrhG, ya que la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo que para ser consideradas como tales, las simples fotografías han de suponer una mínima aportación intelectual por parte de su autor (“*ein Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung*”)⁵⁸, aunque no llegue a constituir una creación original. Por el contrario, el *Bundesgerichtshof* ha considerado que la perfecta digitalización de un documento llevada a cabo de manera automatizada (en este caso se trataba de un libro, pero podríamos pensar en otro tipo de obras) no queda amparada por el § 72 UrhG, dado que no exige ningún género de esfuerzo intelectual por parte de una persona⁵⁹.

Por lo tanto, en el Derecho alemán (y lo mismo parece se podría decir en nuestro Derecho) cabría distinguir tres categorías de fotografías en atención a su diferente protección: la obra fotográfica, dotada de originalidad y a la que se reconoce el mismo nivel de protección que a cualquier otra obra; la simple fotografía que, sin ser original, sí conlleva una mínima aportación intelectual de su autor y que goza, por tanto, de una protección más reducida; y, por último, las fotografías que constituyen meras reproducciones, en las que no interviene ninguna aportación intelectual de su autor y sobre las que no existe ningún derecho de propiedad intelectual.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, en el asunto que nos ocupa el Tribunal Supremo alemán llegó a la conclusión de que la reproducción fiel de una obra de arte, en la medida en que no concurre el requisito de la originalidad, no está protegida como obra fotográfica, pero sí puede estarlo como simple fotografía si es el resultado de un esfuerzo significativo y conlleva la adopción de una serie de decisiones técnicas necesarias para que la imagen resultante refleje de manera exacta el original, lo que se traduce en una contribución intelectual del fotógrafo, que es precisamente lo que el § 72 UrhG pretende proteger. En este sentido, se ha dicho que la protección

relativas a las obras fotográficas se aplicarán igualmente a las fotografías y a los productos obtenidos por procedimientos análogos a las fotografías”.

57. § 72(3) UrhG.

58. BGH de 3 de noviembre de 1999, I ZR 55/97 (*Schutz von Lichtbildwerken*), que se apoya en casos precedentes.

59. BGH de 8 de noviembre de 1989, I ZR 14/88 (*Erstellung und Vertrieb einer Bibelreproduktion*).

reconocida a las meras fotografías, pese a no estar armonizada a nivel de la UE, vendría a cubrir el espacio que hay entre una contribución creativa y una mera reproducción técnica, lo que algún autor ha denominado “la contribución profesional, aunque no original”⁶⁰.

Pero, además, el Tribunal Supremo alemán consideró que el § 72 UrhG también cubre la reproducción de obras en el dominio público, dado que con ello no se impide al público el acceso a la obra en dominio público, sino que lo único que se prohíbe es la reproducción de las propias fotografías. Con cierta resignación se ha dicho que el *Bundesgerichtshof* es consistente con su propia doctrina, aunque con ello permite al propietario de una obra que ya no está protegida por derechos de autor continuar explotándola creando una copia fotográfica (protegida) mientras que simultáneamente restringe el acceso a la obra (no protegida)⁶¹.

La segunda cuestión que se planteaba en el asunto REM tenía que ver con las fotografías tomadas en las salas del museo por la misma persona que luego las puso a disposición del público en Internet. El tribunal en este punto se limita a justificar su ilicitud en la infracción de los términos contractuales, basándose en la prohibición de tomar fotografías dentro de los museos⁶². Sin embargo, la sentencia no llega a pronunciarse sobre la cuestión que se le había planteado y que había sido objeto de una conocida controversia entre las secciones quinta y primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo alemán⁶³,

60. MARGONI, Th., “Digitising the Public Domain: Non Original Photographs in Comparative EU Copyright Law”, en Gilchrist, J./ Fitzgerald, B. (eds.), *Copyright, Property and the Social Contract. The Reconceptualisation of Copyright*, Springer, Cham, 2018, p. 178. En relación con la digitalización de obras preexistentes, este mismo autor (ibid., p. 160) distingue tres escenarios distintos: (a) la digitalización automatizada, que se realiza sin intervención humana o cuando esta juega un papel secundario (como cuando Google escanea de forma automática todos los libros de una colección entera); (b) la digitalización semi-automática, operada por una persona, pero que actúa de una manera mecánica (por ejemplo, quien fotocopia manualmente una obra; y (c) la digitalización humana, realizada por un profesional especialmente cualificado para lograr una reproducción de alta calidad, mediante la utilización de conocimientos técnicos especializados. Solo esta última merecería ser protegida como mera fotografía.

61. LUTZI, T., “Digitized images of works in the public domain: what rights vest in them? Analysis of the recent BGH Reiss-Engelhorn judgment – Part 1”, *The IP Kat*, 19.2.2019, disponible en <https://ipkitten.blogspot.com/2019/02/digitized-images-of-works-in-public.html>.

62. El razonamiento del fallo deja abierta, por tanto, la pregunta de qué pasaría si las imágenes de los cuadros hubieran sido difundidas por una persona distinta del autor de las fotografías y que, en virtud del principio de relatividad, no estaría vinculada por los términos del contrato.

63. La sección quinta de la Sala de lo Civil, que se ocupa de cuestiones de Derecho inmobiliario, se ha pronunciado en dos ocasiones a favor de considerar que el derecho de propiedad otorga a su propietario la facultad de impedir la reproducción de imágenes del interior de un bien inmueble [BGH de 17 de diciembre de 2010, V ZR 45/10

esto es, si el derecho de propiedad sobre un bien permite controlar el uso de su imagen, algo a lo que la doctrina mayoritariamente se opone por considerar que solo el derecho de autor y no el derecho de propiedad llevan aparejada la facultad de excluir la reproducción de un objeto.

5. EL DERECHO “*SUI GENERIS*” SOBRE LAS BASES DE DATOS

Aunque se trata de un argumento menos explorado, no han faltado quienes apuntan que las instituciones del patrimonio cultural podrían tratar de asegurar el control sobre las imágenes digitalizadas de sus colecciones invocando el derecho *sui generis* sobre las bases de datos⁶⁴. De hecho, este fue uno de los argumentos esgrimidos por la National Portrait Gallery cuando un usuario subió al repositorio de Wikipedia Commons cerca de 3.000 reproducciones de obras en dominio público que había descargado previamente de del sitio web donde estas imágenes estaban alojadas⁶⁵.

En efecto, con la finalidad de fomentar y proteger la inversión en sistemas de almacenamiento y tratamiento de datos que contribuyen al desarrollo del mercado de la información, la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos reconoció a los fabricantes de bases de datos un derecho *sui generis* cuyo fundamento reside no ya en la originalidad sino en la inversión realizada por el fabricante de la base de datos⁶⁶. No es, por tanto, preciso que la selección o disposición del contenido la base de datos sea original, como tampoco lo es que lo sean los propios datos; es decir, que la protección del derecho *sui generis* se aplica con independencia de que sus contenidos estén o no protegidos por derechos

(*Sanssouci I*) y BGH de 1 de marzo de 2013 V ZR 14/12 (*Sanssouci II*)]. Por el contrario, la sección primera, que se ocupa de los temas de Derechos de autor, en una decisión anterior había afirmado lo contrario [BGH de 9 d marzo de 1989 I ZR 54/87 (*Friesenhaus*)], por considerar que solo el derecho de autor permite ejercer un control sobre la imagen de un inmueble y, por lo tanto, dicha facultad se extingue cuando la obra cae en el dominio público. En el presente caso, la sección primera deja pasar la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de extender su propia doctrina a los bienes muebles.

64. LATREILLE, A., “L’appropriation des photographies d’oeuvres d’art: éléments d’une réflexion sur un objet de droit d’auteur”, *Le Dalloz*, 2002, n.º 3, pp. 303 y 305. Por su parte, AMENEIROS RODRÍGUEZ, R./ VARELA-OROL, C., “¿Dominio público o copyfraude de copias digitales? Prácticas en bibliotecas patrimoniales españolas”, *Anales de Documentación*, Vol. 21, Núm. 1, 2018, DOI: <https://doi.org/10.6018/analesdoc.21.1.308621>, p. 4, señalan que este argumento es utilizado por algunas bibliotecas de otros países para proteger sus colecciones digitalizadas de obras en dominio público, aunque no han constatado esta práctica en nuestro país.
65. Sobre este asunto, *vid. supra* nota 28.
66. Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/9/oj>.

de autor⁶⁷. Dispone en este sentido el art. 133 TRLPI que el derecho *sui generis* sobre las bases de datos protege “la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido”, inversión sustancial que, sin duda, puede predicarse de las costosas tareas de digitalización y almacenamiento en repositorios de imágenes llevadas a cabo por museos y otras instituciones del patrimonio cultural. Lógicamente esta forma de protección no resultaría aplicable a una imagen aislada.

III. EL ART. 14 DE LA DIRECTIVA (UE) 790/2019 SOBRE DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL

1. DIGITALIZACIÓN, ACCESO Y REUTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO EN LA AGENDA DE LA UNIÓN EUROPEA

Pese a que la norma contenida en el art. 14 DDAMUD no se incorpora al texto de la Propuesta de Directiva hasta una fase relativamente tardía del proceso legislativo, y aunque durante su tramitación no fuera objeto de gran controversia, lo cierto es que la discusión sobre la naturaleza jurídica de las reproducciones de obras de arte en dominio público no era un tema nuevo. Como vimos, había sido objeto de intensos debates doctrinales y de algunas resoluciones judiciales muy comentadas a ambos lados del Atlántico y figuraba ya en la agenda de la Comisión Europea como uno de los principales problemas para garantizar el acceso y la reutilización de las obras de dominio público.

La política de promoción del acceso al patrimonio cultural se ha venido desarrollando en diversos documentos de la Unión Europea, que arrancan con el estudio encargado en 2002 por la Comisión Europea a un grupo de expertos para evaluar la forma en que las instituciones culturales de Europa debían afrontar la transformación impulsada por las nuevas tecnologías⁶⁸. Una de las conclusiones de este estudio es que la principal finalidad de la digitalización del patrimonio cultural ha de ser la de facilitar el acceso a esos contenidos⁶⁹.

67. Vid. STJUE (Sala Cuarta) de 5 de marzo de 2009, asunto C-545/07 (*Apis-Hristovich EOOD*), ECLI:EU:C:2009:132, ap. 70.

68. SALZBURG RESEARCH FORSCHUNGSGESELLSCHAFT, *The DigiCULT Report. Technological Landscapes for Tomorrow's Cultural Economy: Unlocking the Value of Cultural Heritage*, Full Report, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburg, 2002, accessible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/c1dd83bb-4217-4acb-8cf7-c5c4845ba7a4>.

69. Ibid. 203.

En 2006 la Comisión Europea recomendaba ya a los Estados miembros que identificasen qué obstáculos existían en su legislación interna para el acceso en línea y la consiguiente utilización de material cultural de dominio público y que tomaran medidas para eliminarlos⁷⁰. Más tarde, en su Comunicación de 11 de agosto de 2008 sobre *El patrimonio cultural europeo a un clic del ratón*, y tras constatar que las legislaciones nacionales pueden contener barreras a la utilización de obras de dominio público, la propia Comisión señalaba que “las obras del dominio público deben seguir siéndolo una vez digitalizadas y deberán ser accesibles a través de Internet”⁷¹. Esta misma idea se recogió en la *Carta del Dominio Público de Europeaana*, en la que se sostiene también que no debe recurrirse a ningún otro derecho de la propiedad intelectual para recuperar la exclusividad sobre material del dominio público, ni tampoco deben utilizarse medidas de protección tecnológica que vengan a restringir *de facto* su libre utilización y reproducción⁷².

La Recomendación de la Comisión de 2011 sobre digitalización y accesibilidad en línea del material cultural insistía en la idea de que “el material de dominio público siga perteneciendo al dominio público una vez digitalizado” e instaba a los Estados miembros a promover el acceso más amplio posible al material digitalizado en dominio público y su reutilización, tanto con fines comerciales como no comerciales⁷³. Consciente de que el coste de las tareas de digitalización es a veces elevado y no puede cubrirse exclusivamente con fondos públicos, la Comisión señalaba la importancia de fomentar acuerdos entre las instituciones culturales y el sector privado para crear nuevas formas de financiación de la digitalización del material cultural. La Recomendación reconocía que, en el marco de dichos acuerdos, puede ser necesario otorgar al socio privado un periodo de uso o explotación preferente del material digitalizado para que así pueda recuperar su inversión, si bien dicho plazo no debería en ningún caso ser superior a siete años⁷⁴.

70. COMISIÓN EUROPEA, Recomendación de 24 de agosto de 2006 sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital (2006/585/CE), punto 6.d).

71. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación *El patrimonio cultural europeo a un clic del ratón. Avances en la digitalización y el acceso en línea al material cultural y en la conservación digital en la UE*, [SEC(2008)2372], Bruselas 11.8.2008, COM(2008) 513 final, p. 7.

72. EUROPEANA, *Carta del Dominio Público de Europeaana*, 2010, disponible en https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Publications/Public_Domain_Charter/Public%20Domain%20Charter%20-%20ES.pdf.

73. COMISIÓN EUROPEA, Recomendación de 27 de octubre de 2011 sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital (2011/711/UE), punto 5.

74. Ibid., punto 2 y Anexo I, ap. 2.

Pero, más allá de la clara voluntad política de favorecer el acceso a las obras de dominio público tras su digitalización, lo cierto es que los informes bianuales de seguimiento de la Recomendación de 2011 ponían de manifiesto que la posible generación de derechos de propiedad intelectual derivados de las propias tareas de digitalización –fundamentalmente en relación con las fotografías y los derechos atribuidos a los fotógrafos– y la falta de disposiciones jurídicas pertinentes a nivel estatal y de la UE en relación con el estatus de las obras en dominio público una vez digitalizadas, seguían constituyendo los principales obstáculos para garantizar el acceso y reutilización de las mismas⁷⁵.

Así las cosas, no es de extrañar que la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015 relativa a la implementación de la Directiva 2001/29/CE, instara a la Comisión a que protegiera eficazmente las obras de dominio público, que, por definición, no están sujetas a la protección de los derechos de autor, solicitándole expresamente que aclarase que “una vez que una obra es de dominio público, toda digitalización de la obra que no constituya una obra nueva y transformadora seguirá siendo de dominio público”⁷⁶.

2. HISTORIA LEGISLATIVA DEL ART. 14 DDAMUD

A pesar de la firme voluntad de la Comisión Europea de impedir que los derechos de propiedad intelectual pudieran convertirse en un freno para la libre utilización de las obras de dominio público tras su digitalización, en la propuesta originaria de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital, fechada el 14 de septiembre de 2016, no encontramos ninguna referencia a la reproducción de obras en dominio público⁷⁷. La cuestión aparece mencionada por primera vez casi un año más tarde en una enmienda –en

75. EUROPEAN COMMISSION, DG CONNECT, *Cultural heritage Digitisation, online accessibility and digital preservation. Report on the Implementation of Commission Recommendation 2011/711/EU*, Progress Report 2011-2013, Working document, September 2014, p. 22; EUROPEAN COMMISSION, DG CONNECT, *Cultural heritage Digitisation, online accessibility and digital preservation. Report on the Implementation of Commission Recommendation 2011/711/EU*, Progress Report 2013-2015, Working document, June 2016, p. 22; EUROPEAN COMMISSION, DG CONNECT, *Cultural heritage Digitisation, online accessibility and digital preservation. Consolidated Progress Report on the Implementation of Commission Recommendation 2011/711/EU*, Consolidated Progress Report 2015-2017, Working document, 2018, p. 28.

76. Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (2014/2256(INI)), ap. 31.

77. COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, Bruselas, 14.9.2016, COM/2016/0593 final – 2016/0280 (COD).

concreto, la número 53— incluida en el Dictamen sobre la Propuesta de Directiva elaborado por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor⁷⁸, que sugería añadir un nuevo párrafo al art. 5 de la Propuesta, dedicado al límite en favor de las entidades de preservación del patrimonio cultural para reproducir las obras incluidas en sus colecciones con fines de conservación, que recogiera una prohibición de atribuir derechos sobre las reproducciones fieles de cualquier obra que haya entrado a formar parte del dominio público. El texto de la enmienda propuesta decía:

“Los Estados miembros reconocerán que, una vez que una obra es de dominio público, es decir, que los derechos de autor y derechos afines han expirado o nunca han existido, las reproducciones fieles, ya sean completas o parciales, de dicha obra, independientemente del modo de reproducción e incluida la digitalización, tampoco estarán sujetas a dichos derechos”.

La sugerencia de la Comisión del Mercado Interior y Protección del consumidor fue recogida en el Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo de 29 de junio de 2018⁷⁹, donde encontramos una enmienda muy similar, la número 67, que proponía añadir al art. 5 un segundo párrafo del siguiente tenor:

1 bis. “Los Estados miembros garantizarán que ningún material resultante de un acto de reproducción de material de dominio público esté sujeto al derecho de autor u otros derechos afines, siempre y cuando tal reproducción sea fiel y tenga por objetivo la preservación del material original”.

Como es bien sabido, en medio de intensas presiones por parte de los defensores y detractores de algunas de las polémicas medidas incluidas en la Propuesta de Directiva, en la votación plenaria del 5 de julio de 2018, el Parlamento Europeo rechazó el texto propuesto por la Comisión de Asuntos Jurídicos por 318 votos frente a 278 y 31 abstenciones. Tras la incorporación de una serie de modificaciones, un nuevo texto fue sometido a votación y el

78. Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor para la Comisión de Asuntos Jurídicos Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital COM(2016)0593—C8-0383/2016— 2016/0280(COD), 14.6.2017, Ponente Catherine Stihler, AD/2017/599682.

79. EUROPEAN PARLIAMENT, Draft European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM(2016)0593—C8-0383/2016—2016/0280(COD), recogido en el REPORT on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM(2016)0593—C8-0383/2016—2016/0280(COD), Committee on Legal Affairs, 29.6.2018, A8-0245/2018, RR\1157669EN.docx, PE601.094v02-00EN.

Parlamento adoptó finalmente una posición sobre la Directiva el 12 de septiembre de 2018⁸⁰, dando paso así al proceso de negociación a tres bandas con el Consejo y la Comisión. El texto de la enmienda número 67 se mantuvo, no obstante, inalterado.

Ya dentro de la fase del triálogo, una nota de la Presidencia al Comité de Representantes Permanentes (COREPER), fechada el 30 de noviembre de 2018, puso de manifiesto su oposición al texto propuesto y la necesidad de discutir la cuestión⁸¹. Tras recordar la importancia del dominio público para el Parlamento Europeo, la Presidencia pedía a los Estados Miembros flexibilidad para negociar una fórmula de compromiso, para lo cual proponía tomar como punto de partida un texto elaborado por los Servicios de la Comisión⁸², que a la postre se convertiría, con ligeros retoques, en el definitivo art. 14, insertado dentro del Capítulo 4 del Título III (“Medidas para mejorar las prácticas de concesión de licencias y garantizar un mayor acceso a contenidos”) y el considerando 53 que lo acompaña⁸³.

80. PARLAMENTO EUROPEO, Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 12 de septiembre de 2018 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)) P8_TA-PROV(2018)0337.

81. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Brussels, 30.11.2018 (OR. en) 15057/18.

82. El texto propuesto para el (entonces) art. 5(1a) era el siguiente:

“Member States shall provide that, when the term of protection of a work of visual art has expired, any material resulting from an act of reproduction of that work shall not be subject to copyright or related rights, unless the material resulting from that act of reproduction is original in the sense that it is the author’s own intellectual creation”.

Por otro lado, se proponía incorporar un nuevo considerando con el siguiente tenor:

“The expiry of the term of protection of a work entails the entry of that work into the public domain and the expiry of the rights that Union copyright law provides to that work. In the field of visual arts, the circulation of faithful reproductions of works in the public domain contributes to the access to and promotion of culture (or access to cultural heritage). In the digital environment, the protection of these reproductions through copyright or related rights is inconsistent with the expiry of the copyright protection of works. In addition, differences between the national copyright laws governing the protection of these reproductions give rise to legal uncertainty and affect the cross-border dissemination of works of visual arts in the public domain. Therefore, it should be clarified that certain reproductions of works of visual arts in the public domain should not be protected by copyright or related rights. This should not prevent cultural heritage institutions from selling reproductions, such as postcards”.

83. El texto propuesto por la Presidencia sería aprobado provisionalmente en el triálogo de 13 de diciembre de 2018, a falta de decidir la conveniencia de ubicar el precepto fuera del art. 5, puesto que en realidad no se refiere a una excepción a los derechos de autor, cfr. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Brussels, 7.2.2019 (OR. en) 5893/19 ADD1. En la Nota de la Secretaría General Consejo de la Unión Europea al COREPER fechada el 20 de febrero de 2019 el precepto aparecía sin más cambios como art. 10.b) bajo la rúbrica “Works of visual art in the public domain”, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Brussels, 20.2.2019 (OR. en) 6637/19.

A tenor del art. 14 DDAMUD:

“Los Estados miembros dispondrán que, cuando haya expirado el plazo de protección de una obra de arte visual, cualquier material resultante de un acto de reproducción de dicha obra no esté sujeto a derechos de autor o derechos afines, a menos que el material resultante de dicho acto de reproducción sea original en la medida en que sea una creación intelectual de su autor”.

Por su parte, el considerando 53 dispone que:

“La expiración del plazo de protección de una obra conlleva que esa obra pasa a ser de dominio público, así como la expiración de los derechos que concede a esa obra el Derecho de la Unión en materia de derechos de autor. En el ámbito de las artes visuales, la circulación de reproducciones fieles de obras de dominio público contribuye al acceso a la cultura y su fomento y al acceso al patrimonio cultural. En el entorno digital, la protección de tales reproducciones por medio de derechos de autor o derechos afines es incoherente con la expiración de la protección de las obras por derechos de autor. Además, las diferencias entre las normas nacionales en materia de derechos de autor por las que se rige la protección de esas reproducciones generan inseguridad jurídica y afectan a la difusión transfronteriza de obras de arte visual de dominio público. Algunas reproducciones de obras de arte visual de dominio público no deben por lo tanto estar protegidas por derechos de autor o derechos afines. Todo ello no debe impedir que las instituciones responsables del patrimonio cultural vendan reproducciones, tales como postales”.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA

El principal objetivo perseguido por la norma contenida en el art. 14 DDAMUD es evidente: garantizar la libre utilización de las obras de arte que forman parte del dominio público por haber expirado el plazo de protección al que aquellas estaban sujetas, en particular, impidiendo que las reproducciones de las mismas puedan quedar sujetas a derechos de autor o derechos afines. Como dice el considerando 53 DDAMUD, “la circulación de reproducciones fieles de obras de dominio público contribuye al acceso a la cultura y su fomento y al acceso al patrimonio cultural”, que es precisamente la finalidad perseguida por el derecho de autor. Por lo tanto, la primera valoración del art. 14 ha de ser positiva⁸⁴.

84. Aunque con ciertas cautelas, el art. 14 DDAMUD ha sido bien acogido por la doctrina. Por ejemplo, CASAS VALLÉS, R., “Adenda al Caso REM. Obras visuales en el dominio público: el nuevo art. 14 de la Directiva sobre el mercado único digital”, *Aladda*

Obviamente, el art. 14 DDAMUD no restringe la explotación comercial de las reproducciones de las obras de artes visuales en dominio público por parte de museos y otras instituciones del patrimonio cultural, si bien las mismas no estarán sujetas a derechos exclusivos, por lo que podrán ser después libremente utilizadas por cualquiera. Esto es lo que, de una manera poco afortunada quería decir el considerando 53 de la Directiva al afirmar que el hecho de que las reproducciones de las obras de artes visuales no queden protegidas por derechos de autor o derechos afines “no debe impedir que las instituciones responsables del patrimonio cultural vendan reproducciones, tales como postales”. Sin embargo, es evidente que el mercado potencial de esas reproducciones va a verse afectado, al no poder impedir que cualquiera las utilice después para competir dentro de ese mismo mercado. Esta conclusión es coherente con la noción de dominio público, que supone el fin de los derechos exclusivos sobre la obra, precisamente con la finalidad de que esta pueda ser utilizada por cualquiera, con fines comerciales o no comerciales.

Sin embargo, no han faltado las voces críticas. De hecho, en cuanto se incluyó en la propuesta de Directiva la norma que ha terminado plasmándose en el art. 14, el *Coordination of European Picture Agencies Stock, Press and Heritage* (CEPIC), asociación que agrupa más de 600 agencias y bibliotecas fotográficas, emitió un comunicado para hacer constar su rechazo a la norma, alegando que se había introducido sin una previa evaluación de impacto y sin consultar con los sectores afectados⁸⁵. Entre otras razones para justificar sus críticas, el CEPIC aducía que la norma no sólo iba a perjudicar los legítimos intereses de pequeñas empresas privadas del sector, sino también a las propias instituciones del patrimonio cultural que han invertido grandes cantidades en digitalización, así como al conjunto de la sociedad, dado que, a largo plazo, cabe esperar que la norma provoque una reducción de la inversión en digitalización, indexación y adecuada documentación del patrimonio cultural. Estas consideraciones

Blog, disponible en <http://aladda.es/adenda-al-caso-rem-el-art-14-de-la-directiva-sobre-el-mercado-unico-digital-obras-de-arte-visual-en-el-dominio-publico/>, aps. 21 y ss., quien pone de manifiesto, sin embargo, algunos problemas interpretativos de la nueva norma; GIANNOPOULOU, A., “The New Copyright Directive: Article 14 or when the Public Domain Enters the New Copyright Directive”, *Kluwer Copyright Blog*, 27.6.2019, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/27/the-new-copyright-directive-article-14-or-when-the-public-domain-enters-the-new-copyright-directive/>, considera que es un paso en la dirección correcta, aunque lamenta que la Directiva no haya introducido mecanismos jurídicos para evitar que siga invocándose de manera fraudulenta un inexistente de derecho de propiedad intelectual sobre materiales de dominio público. Por su parte, WALLACE, A./ EULER, E., *op. cit.*, *passim* y especialmente p. 835, destacan que el art. 14 impide a los propietarios ejercitar los derechos que muchos afirman ostentar sobre las reproducciones de obras en dominio público, pero echan en falta una obligación positiva de poner esas reproducciones a disposición del público o de permitir que otros puedan realizar fotografías *in situ* de las mismas obras.

85. CEPIC, “Statement on Works of Visual Arts in the Public Domain”, disponible en <http://cepic.org/issues/statement-on-works-of-visual-arts-in-the-public-domain>.

parecen partir de la premisa de que el único incentivo de las instituciones del patrimonio cultural para llevar a cabo la digitalización de sus colecciones es la recuperación de la inversión mediante la concesión de licencias de uso de sus derechos de propiedad intelectual, cuando, como vimos, cada vez son más las que deciden poner en abierto sus colecciones digitalizadas como estrategia para alcanzar sus fines de educación y promoción de la cultura y también para atraer nuevos visitantes a sus instalaciones. Por otra parte, no hay que olvidar que el art. 14 DDAMUD sólo afecta a las reproducciones de obras en dominio público, pero no a aquellas que estén todavía sujetas a derechos de autor.

4. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

4.1. Cualquier forma de reproducción

Por lo que respecta a la forma de reproducción, el ámbito de aplicación de la norma es muy amplio, pues comprende “cualquier material resultante de un acto de reproducción”, sin especificar la técnica empleada, lo que incluye, por supuesto, la fotografía y otros medios de reproducción análogos a la fotografía, pero también la reproducción a través de impresoras 3D o cualquiera de sus componentes, como metadatos o *software*⁸⁶.

Con la expresión subrayada la Directiva habría venido a zanjar la polémica –si es que la había– en torno a la posibilidad de reproducción de obras de arte por medios mecánicos. Ciertamente el concepto de reproducción recogido el art. 18 TRLPI no parece encajar muy bien en las obras de arte, caracterizadas porque en ellas la obra se materializa en un ejemplar único, por lo que cualquier representación de la misma no es comparable al original. Ello había llevado a algunos a autores a sostener que no era posible la reproducción –en el sentido del art. 18 TRLPI– por medios mecánicos de las obras de artes plásticas⁸⁷. Sin

86. En este sentido, WALLACE, A./ EULER, E., *op. cit.*, p. 838, que invocan en este punto el considerando 3 DDAMUD, en el que, tras afirmar que la rápida evolución tecnológica transforma incesantemente la manera en que se crean, producen, distribuyen y explotan las obras y otras prestaciones protegidas, dispone que “la legislación aplicable debe mantener un carácter estable frente a futuras innovaciones, de forma que no limite el desarrollo tecnológico”. Esta misma conclusión podría sustentarse en nuestro Derecho atendiendo al concepto legal de reproducción recogido en el art. 18 TRLPI, a tenor del cual “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 esta”. Con ello nuestro legislador se aparta de la noción tradicional de reproducción, pues no es ya necesaria la realización de una copia, sino que basta con que la obra se fije en un medio tangible o intangible que sea apto para comunicar u obtener copias de toda la obra o parte de esta. Sobre la noción actual de “reproducción” en el Derecho español y comparado, *vid.* RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 169 y ss.

87. En este sentido, ORTEGA DOMENECH, J., *Obra plástica y Derechos de autor*, Reus, Madrid, 2000, p. 227, para quien “el cambio de soporte dará lugar a una imagen de la obra que no se corresponde con la misma, por lo que se tratará de una obra derivada”.

embargo, la doctrina de manera mayoritaria considera que también es reproducción la representación en otro soporte material (como una fotografía) de una obra plástica, aunque esa representación solo permita una aprehensión aproximada e imperfecta del original⁸⁸. Esta misma conclusión se puede extraer del art. 32.3 o el art. 35 TRLPI. El primero autoriza “la reproducción”, distribución y comunicación pública de obras aisladas de carácter plástico con fines docentes, mientras que el art. 35.2 contempla expresamente “la reproducción” de obras situadas permanentemente en lugares públicos por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales. Por su parte, el art. 20.2.h) habla de la exposición pública de obras de arte “o sus reproducciones”, como una forma de comunicación pública.

Por otro lado, aunque el considerando 53 DDAMUD pone de manifiesto que la norma responde al problema de la protección que recibían en algunos ordenamientos las reproducciones fieles de obras de dominio público, particularmente en el entorno digital, no cabe duda de que las reproducciones cubiertas por la norma no son solo las digitales, también las analógicas e incluso las reproducciones realizadas de forma manual⁸⁹.

4.2. Obras de arte visual en dominio público

El art. 14 DDAMUD se refiere exclusivamente a las reproducciones de obras que integran el dominio público, en particular a aquellas que han caído en el dominio público por haber expirado el término de protección (“los Estados miembros dispondrán que, cuando haya expirado el plazo de protección de una obra de arte visual...”), aunque la misma conclusión debería aplicarse a las obras que forman parte del dominio público por no haber estado nunca sujetas a derechos de autor, por ejemplo, obras procedentes de civilizaciones antiguas⁹⁰. Evidentemente, nada cambia en relación con la reproducción de aquellas obras de arte que estén sujetas a derechos de autor. En este caso, el

88. Vid., entre otros, CASAS VALLÉS, R., “La protección de los artistas plásticos en el Derecho español”, en AA. VV., *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, t. I, Ministerio de Cultura. Madrid, 1991, p. 273; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Derechos del Artista Plástico*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 167; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 231-233; RIBERA BLANES, B., *op. cit.*, 2002, pp. 185-195.

89. En relación con las reproducciones manuales se plantea el problema de si han de considerarse en todo caso originales, por lo que estarían cubiertas por la excepción contenida en el inciso final del art. 14 DDAMUD, cuestión de la que nos ocuparemos más adelante.

90. EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comments on the implementation of Art. 14 the Directive (UE) 2019/791 on Copyright in the Digital Single Market*, 26.4.2020, disponible en

derecho de reproducción sigue siendo una prerrogativa del titular de dichos derechos, que no tiene por qué ser el propietario de la obra.

Sin embargo, la norma es restrictiva por lo que se refiere al tipo de obra en dominio público objeto de reproducción, pues se refiere a una categoría muy concreta, las obras de arte visual, restringiendo de esta forma el ámbito de aplicación de la norma respecto de la inicial propuesta de la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor que aludía con carácter general a las obras en dominio público, sin especificar, y más aún respecto del texto de la Propuesta de Resolución legislativa del Parlamento de 29 de junio de 2018 que se refería a cualquier “material de dominio público”. Esta restricción del ámbito de aplicación de la norma plantea dos problemas interpretativos: el primero es determinar qué debemos entender por obras de arte visual, pues se trata de un concepto nuevo en el Derecho de la Unión y desconocido también por nuestra Ley de Propiedad Intelectual; y, en segundo lugar, se plantea la cuestión de por qué se ha restringido el ámbito de aplicación de la norma a esta categoría de obras y qué pasa con la reproducción de obras de dominio público que no sean de artes visuales, ¿queda acaso protegida su reproducción por derechos de propiedad intelectual?

Por lo que se refiere a la noción de arte visual, no encontramos una definición en la propia DDAMUD ni en ninguna otra anterior. Parece que el concepto de artes visuales es más amplio que el de artes gráficas o plásticas, al que se refiere el art. 2.1 de la Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación, que incluye dentro de esta categoría “cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal y fotografías, siempre que éstas constituyan creaciones ejecutadas por el propio artista o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales”⁹¹. Esta enumeración, pese a ser más completa que la del art. 10.1.d) TRLPI, ha de entenderse meramente ejemplificativa, tal y como se desprende del propio tenor de ambas normas (“tales como”, reza la Directiva, mientras que la ley española cierra la enumeración refiriéndose a “las demás obras plásticas”).

https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/04/ecs_cds_m_implementation_article_14_final.pdf, p. 4.

91. Nuestra Ley de Propiedad habla de “obras plásticas” en el art. 10.1.e), en el que se enumeran a título ejemplificativo las esculturas, pinturas, dibujos, grabados, litografías, historias gráficas, tebeos o cómics. El art. 20.2.h) TRLPI habla simplemente de “obras de arte”, sin especificar, el art. 32 de “obras de carácter plástico” y el art. 56.2 TRLPI se refiere al original de una “obra de artes plásticas”. Por su parte, en relación con el derecho de participación, el art. 24.1 TRLPI, introducido en virtud de la Ley 2/2019, de 1 de marzo, habla de “obras de arte gráficas o plásticas” e incluye dentro de esta categoría cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, sin que la enumeración tenga carácter exhaustivo.

Las artes plásticas tradicionales se caracterizan porque en ellas el artista da forma y color con sus propias manos a la materia que le sirve de base. El acento se pone pues en el artista y en los materiales que usa para crear su obra. Por el contrario, cuando hablamos de artes visuales el centro de atención se sitúa en el observador que percibe por medio de la vista la obra creada. Es por ello que generalmente se entiende que las artes visuales engloban, junto a las artes plásticas tradicionales, nuevas formas de expresión artística siempre que tengan un componente expresivo que sea perceptible principalmente a través de la vista⁹². En este sentido, el artículo el art. 24.1 TRLPI, en la redacción que le ha dado la Ley 2/2019 de 1 de marzo⁹³, añade al catálogo del art. 2.1 Directiva 2001/84/CE las obras de video-arte, que se consideran generalmente incluidas dentro de la noción de artes visuales, como también lo estarían, la fotografía y la cinematografía, las obras multimedia, el arte digital, las instalaciones e intervenciones o el arte urbano. Asimismo se consideran artes visuales las obras plásticas aplicadas [ex art. 10.1.e) TRLPI] y dentro de estas los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas, así como los gráficos, mapas y diseños de carácter científico⁹⁴, que forman parte de la categoría de las obras plásticas, aunque nuestra LPI los contempla separadamente⁹⁵.

La falta de una definición por parte de la Directiva de lo que deba entenderse por obras de arte visual, conlleva el riesgo de que las legislaciones nacionales delimiten la noción de manera más o menos amplia, debilitando de esta forma la finalidad armonizadora perseguida por la norma y, consiguientemente, el mercado transfronterizo de reproducciones de este tipo de obras en dominio público⁹⁶. Ante esta posibilidad tendrá que ser el Tribunal de Justicia el que se encargue de definir de una manera uniforme lo que deba entenderse por obras de arte visual, ya que, como es bien sabido, el propio TJUE ha dicho en reiteradas ocasiones que cuando una directiva utiliza un concepto y no contempla una definición del mismo, ni se remite expresamente a los

92. Vid. SAURÍ, A., “Datos empíricos sobre la dimensión económica de las artes visuales en España”, en AA. VV., *La dimensión económica de las artes visuales en España*, Associació d’Artistes Visuales de Catalunya, Barcelona, 2006, p. 28.

93. Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/1/2019/03/01/2>.

94. Comparte esta opinión la EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comments on the implementation of Art. 14...*, cit., p. 2.

95. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Artículo 10”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 177 y 180.

96. WALLACE, A./ EULER, E., *op. cit.*, p. 839.

Derechos nacionales, la determinación de su significado y alcance debe efectuarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte⁹⁷. Pero, como estos criterios pueden llevar a resultados discrepantes el Tribunal de Justicia se ha arrogado la autoridad de determinar el alcance uniforme de lo que se conoce como “conceptos autónomos” del Derecho de la Unión Europea⁹⁸.

Independientemente de cuál sea el alcance de la noción de obras de artes visuales cabe preguntarse por qué el art. 14 DDAMUD ha limitado su ámbito de aplicación a esta categoría de obras⁹⁹. Una primera explicación, si acaso simplista, sería que, como vimos, es en este ámbito, y en particular en relación con la reproducción de imágenes de obras pictóricas por medio de la fotografía, donde se habían planteado más controversias. Pero en realidad, lo que hace que las reproducciones de las obras de arte visuales en dominio público merezcan una especial consideración es que en ellas suele concurrir una característica que las diferencia de otras categorías de obras y es que se materializan normalmente en un único ejemplar, por lo que el titular del objeto en que se encarna la obra podría monopolizar la explotación de las

97. *Id.*, entre otras, STJUE (Sala Sexta), (Sala Sexta) de 6 de febrero de 2003, asunto C-245/00 (Sena), ECLI:EU:C:2003:68, aps. 23-24; STJUE (Sala Primera) de 10 de marzo de 2005, C-336/03 (*easyCar*), ECLI:EU:C:2005:150, aps. 20-21; STJUE (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 2008, asunto C-549/07 (*Wallentin-Hermann*), ECLI:EU:C:2008:771, ap. 17; STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08 (*Infopaq*), ECLI:EU:C:2009:465, ap. 27; STJUE (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2012, C-119/12 (*Probst*), ECLI:EU:C:2012:748, ap. 20; STJUE (Sala Tercera) de 5 de julio de 2012, C-49/11 (*Content Services*), ECLI:EU:C:2012:419, ap. 32; STJUE (Sala Cuarta) de 30 de enero de 2014, asunto C-285/12 (*Diakité*), ECLI:EU:C:2014:39, ap. 27; STJUE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13 (*Deckmyn*), ECLI:EU:C:2014:2132, ap. 19.

98. Sobre esta cuestión, *vid.* ampliamente GOTZEN, F., “Los ‘conceptos autónomos’ en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Derechos de autor”, en Cámara Águila, P./ Garrote Fernández-Díez, I. (coord.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 27 y ss.

99. De hecho, hay que recordar que el actual art. 14 DMUD, proviene de una enmienda al originario artículo 5 propuesto por la Comisión relativo al límite en favor de las instituciones de patrimonio cultural para efectuar copias de obras u otras prestaciones que se hallen de forma permanente en sus colecciones, en cualquier formato y soporte, con fines de conservación. Tanto la enmienda propuesta por la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor, como la finalmente introducida por el Parlamento en su Proyecto de Resolución Legislativa de 29 de junio de 2016, añadían que ninguna reproducción de cualquier material integrante del dominio público estaría sujeto a derecho de autor o derechos afines. Fue el COREPER el que, acogiendo el texto propuesto por los Servicios de la Comisión, limitaría el ámbito de aplicación del precepto a las obras de arte visual y finalmente en el texto definitivamente pactado en el trílogo el precepto pasó a ser el art. 14 integrando un capítulo *ad hoc*, el capítulo 4 del Título III dedicado a las “Obras de arte visual de dominio público”.

mismas, aun después de que expire el término de protección, si pudiese arrojarse un derecho sobre esas reproducciones, ya que en virtud del derecho de propiedad material sobre el soporte podría además excluir que cualquiera pudiese realizar otras reproducciones de la obra por sí mismo –como vimos en el asunto REM–, restringiendo de esta forma la posibilidad de reutilización de la imagen de esas obras, en detrimento de los intereses de la sociedad en su conjunto¹⁰⁰. Esto no pasa en otras categorías de obras, por ejemplo, las obras literarias o musicales en dominio público¹⁰¹, salvo que se trate de un ejemplar único o raro.

En cualquier caso, una vez delimitado el concepto de obra de arte visual al que alude el precepto, habría que llegar a la conclusión de que el resto de obras protegidas quedan fuera de su ámbito de aplicación. Ahora bien, ello no quiere decir que toda reproducción de una obra protegida en el dominio público que no sea una obra de arte visual vaya a estar protegida por un derecho de propiedad intelectual. Pensemos en la digitalización automatizada o semi-automatizada de una obra literaria, cuyo resultado no deja de ser una simple reproducción que, según vimos, no está protegida ni tan siquiera como mera fotografía.

Mayores dudas podría suscitar el caso de la remasterización de una obra musical o audiovisual por parte de quien posee el único ejemplar de una grabación que se encuentra en el dominio público. En este caso, si se considera que la remasterización es una simple reproducción del original no se plantearía ningún problema¹⁰². Sin embargo, también podría pretenderse que el

100. Por ello se ha dicho que resulta paradójico que la norma contenida en el art. 14 DDA-MUD se aplique también a las obras de arte visual en dominio público que están en espacios públicos –como una escultura que está en un parque o un grafiti realizado sobre la fachada de un edificio–, respecto de las cuales la atribución de un derecho exclusivo sobre sus reproducciones no conlleva una amenaza para el dominio público, puesto que cualquiera puede acceder a la obra para realizar por sí mismo una reproducción, *vid.* CASAS VALLÉS, R., “Adenda al caso REM...”, *cit.*, ap. 29.

101. En el caso de las obras literarias en dominio público, el derecho a la libre utilización por parte del público no es incompatible con los derechos que la ley reconoce al editor sobre aquellas ediciones que pueden ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales (art. 129.2 TRLPI), porque en este caso no existe el riesgo de que se prive a la sociedad de disfrutar de la obra en dominio público, ya que cualquiera podría acceder a la misma y realizar una edición distinta.

102. La cuestión se planteó recientemente en EE. UU. en un litigio que enfrentaba al titular de varias grabaciones analógicas, que había procedido a remasterizarlas en formato digital para mejorar la calidad del sonido, con la CBS, por haber emitido esta última varias de las canciones remasterizadas sin contar con el consentimiento de aquel. La Corte de Apelación de California entendió que una grabación sonora remasterizada, que no aporta otra cosa que una mejora de la calidad del sonido, no es más que una simple copia carente de la originalidad requerida para su protección como obra independiente, U.S. Court of Appeals, 9th Cir., 20.8.2018 [900 F.3d 1113 (2018)]. Puede verse una reseña de esta sentencia en *Pe.i.*, núm. 62, 2019, pp. 165-166.

producto digital resultante de la remasterización está protegido como fonograma o grabación audiovisual, de manera que el que controla físicamente la grabación original podría, como en el caso de las artes visuales, monopolizar la explotación de una obra en dominio público en detrimento del acceso a la cultura y al patrimonio cultural, que es precisamente lo que el art. 14 DDAMD ha tratado de evitar¹⁰³.

Aplicando la misma lógica del art. 14 DDAMUD se debería impedir que quien posee el ejemplar único de una obra o prestación en dominio público pueda valerse del sistema para monopolizar su uso, a través de derechos exclusivos sobre la versión digital de la misma. Por ello, pensamos que el legislador europeo debería haber mantenido la redacción originariamente propuesta en el Dictamen sobre la Propuesta de Directiva elaborado por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor en la que se hacía referencia a cualquier obra en dominio público. En esta misma línea se ha dicho, que sería deseable que, en el momento de la transposición de la Directiva, los Estados miembros extendieran el ámbito de aplicación de la norma contenida en el art. 14 DDAMUD a cualquier obra en dominio público y no solo a las obras de arte visual¹⁰⁴.

5. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA NUEVA NORMA

Hasta el momento de la transposición de la Directiva, en aquellos ordenamientos en los que se reconoce un derecho exclusivo sobre las meras fotografías, este podrá hacerse valer incluso aunque se refiera a reproducciones de obras de arte visual que hayan entrado a formar parte del dominio público, siempre, claro está, que se cumplan las condiciones establecidas en el Derecho nacional para la protección de las mismas. Esta situación no debería prolongarse más allá del 7 de junio de 2021, fecha en la que, a tenor del art. 29

103. *Vid.* considerando 53 DDAMUD.

104. Abogan por esta solución COMMUNIA, *DSM Directive Implementation Guidelines*, 2 de diciembre de 2019, disponible en <https://www.communia-association.org/2019/12/02/guidelines-implementation-dsm-directive/>; EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comments on the implementation of Art. 14...*, *cit.*, p. 4; WALLACE, A./ EULER, E., *op. cit.*, p. 849, que consideran, sin embargo, que la transposición del art. 14 es innecesaria en aquellos ordenamientos que no contemplan una protección para las fotografías no originales, *ibid.* p. 839. No podemos compartir esta última afirmación porque, precisamente si se extiende la prohibición de invocar cualquier derecho de propiedad intelectual sobre la reproducción de una obra en dominio público a obras que no sean de artes plásticas, podríamos pensar en derechos de propiedad intelectual distintos a los derechos afines sobre las fotografías no originales que podrían representar un obstáculo a la libre utilización de reproducciones de obras en dominio público, como, por ejemplo, el derecho del productor de fonogramas en el caso de las obras musicales o el derecho *sui generis* sobre las bases de datos.

DDAMUD, todos los Estados miembros deberían haber adaptado su Derecho interno a los dictados de la nueva norma.

Sin embargo, incluso tras la entrada en vigor de las normas de transposición de la Directiva, podemos prever algunos problemas de Derecho transitorio. Una primera cuestión que a buen seguro se va a plantear tiene que ver con las reproducciones de obras de arte en dominio público realizadas antes de la entrada en vigor de la norma, en particular, en aquellos ordenamientos en los que hasta ahora se venía considerando que dichas reproducciones, a falta de originalidad, podían protegerse como meras fotografías. ¿Qué pasará con ellas una vez que la norma contenida en el art. 14 DDAMUD resulte aplicable? ¿pasarán automáticamente a formar parte también del dominio público o, por el contrario, seguirán estando protegidas durante el tiempo que restase según la legislación que les fuera aplicable en el momento de su realización? En definitiva, se trata de determinar si la nueva norma se aplica con carácter retroactivo a hechos o situaciones nacidas antes de su entrada en vigor o si, por el contrario, solo será aplicable a las reproducciones de obras de dominio público que se realicen con posterioridad a dicha fecha.

El art. 26 DDAMUD contiene una disposición relativa al ámbito temporal de sus normas, sin embargo, el problema que nos ocupa tiene difícil encaje en su tenor literal. En efecto, dispone el párrafo primero del art. 26 DDAMUD que la Directiva se aplica “con respecto a todas las obras y otras prestaciones que estén protegidas por el Derecho nacional en materia de derechos de autor a 7 de junio de 2021 o con posterioridad”. Puesto en relación con el art. 14 DDAMUD, podríamos entender que esas obras y prestaciones de las que habla el precepto son las obras en dominio público objeto de reproducción, en cuyo caso el art. 14 DDAMUD tan solo resultaría aplicable a aquellas obras de arte que caigan en dominio público tras la entrada en vigor de la Directiva, interpretación que ha de ser descartada porque conduciría a resultados absurdos y es manifiestamente contraria a la finalidad perseguida por la norma. Por el contrario, si consideramos que las “obras y prestaciones” de las que habla el art. 26 DDAMUD son las reproducciones de obras en dominio público protegidas por el Derecho nacional en el momento en que entre en vigor la Directiva “o lo estén en el futuro” entraríamos en contradicción con el art. 14, que precisamente dispone que el material resultante de un acto de reproducción de obras en dominio público no puede estar protegido por derechos de autor o derechos afines.

En realidad, el art. 26 DDAMUD está pensando en normas que confieren derechos o reconocen limitaciones o excepciones sobre obras o prestaciones *protegidas* y no sobre obras o prestaciones *en dominio público*, como lo demuestra el hecho de que la norma estuviese ya presente –prácticamente en los mismos términos– en la Propuesta de directiva de 2016, en la que no se hacía ninguna

referencia a las reproducciones de obras en dominio público¹⁰⁵. No cabe, por tanto, hacer una aplicación literal del precepto al problema que nos ocupa, pero sí es posible recurrir a él por analogía y, así, de la misma manera que las normas que atribuyen derechos o reconocen excepciones o limitaciones sobre obras protegidas se aplican con carácter retroactivo a las obras creadas antes del 7 de junio de 2021, parece que la prohibición de establecer derechos sobre las reproducciones de obras en dominio público será aplicable a aquellas cuyos derechos de autor hayan expirado antes de esa fecha, además de aplicarse, por supuesto, a aquellas que entren en el dominio público con posterioridad.

Ahora bien, el párrafo segundo del art. 26 DDAMUD establece una importante limitación a la aplicación retroactiva de la Directiva al disponer que la misma se entenderá “sin perjuicio de los contratos celebrados y derechos adquiridos antes del 7 de junio de 2021”. No parece que la norma deba limitarse a los derechos adquiridos por terceros –cesionarios o causahabientes de quien realizó la reproducción de una obra en dominio público–, ya que no hay razón para hacer a aquellos de mejor condición que al realizador de la reproducción¹⁰⁶. De esta forma quien haya realizado una fotografía de una obra de

105. *Vid.* art. 18 de la Propuesta de Directiva.

106. En contra de la opinión mantenida en el texto, se ha propuesto aplicar en este supuesto la misma solución que consagró LPI de 1987 cuando redujo el plazo de protección de 80 a 70 años p.m.a., esto es, hacer depender la subsistencia de derechos sobre las reproducciones de obras en dominio público de si el realizador de la fotografía vive o no en el momento de la entrada en vigor de la norma, de manera que en el primer caso sus derechos se extinguirían el 7 de junio de 2021, mientras que los derechos sobre las meras fotografías de obras de arte visual en el dominio público, cuyos autores hubieran fallecido antes de la entrada en vigor de la nueva normativa, subsistirían por un plazo de veinticinco años desde su realización, *vid.* CASAS VALLÉS, R., “Adenda al caso REM...”, *cit.*, aps. 32-35. Sin embargo, no parece que haya aquí razón para la analogía, porque no es lo mismo reducir el plazo por el que se protege una obra *tras la muerte de su autor* que decir simple y llanamente que un determinado tipo de contenido no va a estar protegido, ni antes ni después de la muerte de su autor. Dicho con otras palabras, la disposición transitoria 4.^a de la LPI pretendía proteger a los únicos titulares de un derecho ya *adquirido* que podían verse afectados por la reducción del plazo de protección, esto es, los herederos de autores fallecidos antes de la entrada en vigor de la nueva norma, que según la legislación anterior podían disfrutar de los derechos de explotación durante un plazo más largo. En efecto, los autores no se veían afectados por el cambio de normativa y los herederos de autores vivos en el momento de entrada en vigor de la norma no eran titulares todavía de ningún derecho, sino a lo sumo de una mera expectativa. En la misma línea, el art. 10.1 de la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección, dispone que “[c]uando un plazo de protección superior al correspondiente según lo dispuesto en la presente Directiva *estuviera ya corriendo* en un Estado miembro el 1 de julio de 1995, las disposiciones de la presente Directiva no tendrán por efecto reducir dicho plazo de protección en ese Estado miembro”. Aclara el considerando 10 de la Directiva que “el respeto de los derechos adquiridos constituye uno de los principios generales del Derecho protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Por consiguiente, los plazos de protección del derecho de autor y de los derechos afines establecidos por el derecho

arte en dominio público antes del 7 de junio de 2021 conservará los derechos que la legislación nacional le reconociera con anterioridad y lo mismo cabría decir de aquellos a quienes aquel haya transmitido ese derecho, tanto a título singular como a título universal. A esta misma conclusión podríamos llegar aplicando la disposición transitoria primera de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, que sienta como principio general la irretroactividad de las modificaciones introducidas por esta Ley que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación anterior.

Un problema distinto al de las reproducciones de obras en dominio público realizadas antes de la entrada en vigor de la norma es el de las reproducciones que puedan hacerse después de la implementación de la Directiva de obras de arte visuales que no hayan entrado todavía a formar parte del dominio público pero que estén próximas a hacerlo. En este caso, la respuesta parece más sencilla, pues el art. 14 DDAMUD no dice que no puedan protegerse las reproducciones de obras que formen ya parte del dominio público (fuera del supuesto de que esas reproducciones sean originales), sino que lo que literalmente dispone es que “cuando expire el plazo de protección de una obra de arte visual, cualquier material resultante de un acto de reproducción –por tanto, ya sea anterior o posterior– no estará sujeto a derecho de autor o derechos afines”¹⁰⁷. Es decir, que quien haga una reproducción de una obra de arte visual cuyo plazo de protección esté próximo a expirar habrá de saber que los derechos sobre esa reproducción (si los hubiera) expirarán junto con los derechos de autor sobre la propia obra de arte visual reproducida. Ambas entrarán en el dominio público al mismo tiempo, sin que se pueda pretender extender la protección sobre la reproducción cuando ya hayan expirado los derechos sobre la obra reproducida¹⁰⁸. Así resulta del tenor literal del art. 14 DDAMUD y ese es también sin duda el espíritu de la norma.

6. LA SALVEDAD INTRODUCIDA EN EL INCISO FINAL DEL ART. 14 DDAMUD

Dispone el inciso final del art. 14 DDAMUD que la reproducción de una obra de arte visual en el dominio público no estará protegida por derechos de

comunitario no pueden acarrear una disminución de la protección de que gozaban los derechohabientes en la comunidad antes de la entrada en vigor”.

107. SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, L./ PASCHWITZ, J., “Gemeinfreiheit als Prinzip. Richtweite und Umsetzungsbedarf des Art. 14 DSM-Richtlinie”, *Recht und Zugang*, Jhargang1, Heft 1, DOI: 10.5771/2699-1284-2020-1-95, p. 101.

108. En el mismo sentido, *vid.* CASAS VALLÉS, R., “Adenda al caso REM...”, *cit.*, ap. 31; COMMUNIA, *DSM Directive Implementation Guidelines*, 2 de diciembre de 2019, disponible en <https://www.communia-association.org/2019/12/02/guidelines-implementation-dsm-directive/>.

autor o derechos afines, “a menos que el material resultante de dicho acto de reproducción sea original en la medida en que sea una creación intelectual de su autor”. En realidad, lo que está queriendo decir con ello el precepto es que sí estará protegida por derechos de autor la reproducción que sea algo más que una mera reproducción, ya que si es original es porque no se limita a reproducir la obra preexistente, sino que se aparta del modelo para aportar la visión del autor de dicha “reproducción”. En otras palabras, se protege exclusivamente a quien crea una obra derivada a partir de la transformación de otra preexistente que ha entrado a formar parte del dominio público. Por lo que respecta a la definición de la originalidad, el art. 14 DDAMUD recurre al criterio de la creación intelectual propia de su autor, lo cual es consistente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁰⁹, que, como vimos, considera que una obra es una creación propia de su autor cuando es el resultado de decisiones libres y creativas.

Por tanto, una mera fotografía de un cuadro que ha entrado a formar parte del dominio público no estará protegida por derechos de propiedad intelectual a tenor del art. 14 DDAMUD, porque lo que caracteriza a la mera fotografía es, precisamente, la falta de originalidad. Por el contrario, si se trata de una obra fotográfica, cuyo autor no se limita a reproducir “fielmente” la obra¹¹⁰, sino que aporta su propia visión artística de la misma, entonces el material resultante del acto de reproducción sí estará protegido.

Como vimos, el art. 14 DDAMUD no restringe las formas de reproducción de las obras en dominio público cubiertas por la norma. Sin embargo, la apreciación de la originalidad resulta controvertida en relación con las copias de obras artísticas realizadas de forma manual. En este sentido, se ha dicho que aunque el pintor o el escultor que copia con sus propias manos una obra preexistente busque la máxima fidelidad al original, incluso si utiliza la misma técnica y los mismos materiales empleados por el autor de la obra que se toma como modelo¹¹¹, su actividad tiene suficiente entidad como para considerar que el resultado es una obra derivada y no una mera reproducción¹¹². Esta

109. ROSATI, E., “DSM Directive Series # 3: How far does Article 14 go?”, *The IPKat*, 9.4.2019, disponible en <http://ipkitten.blogspot.com/2019/04/dsm-directive-series-3-how-far-does.html>, en relación con la determinación del estándar para apreciar la originalidad.

110. *Vid.* considerando 53 DDAMUD.

111. Si se utiliza una técnica distinta (acuarela en lugar de óleo, por ejemplo) el resultado ya no será una reproducción fiel del original y no cabrá hablar propiamente de una copia idéntica, sino que estaríamos ante una obra derivada.

112. Ciertamente, la tesis que niega que la reproducción manual de la obra artística sea una mera reproducción está muy extendida en nuestra doctrina. Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Artículo 18”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, B. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 297, sostiene que “cuando se trate de copia a mano de una obra plástica, la participación personal que en esa

postura, que recuerda la antigua doctrina anglosajona del *time, skill, and labour*, ha sido recientemente, rechazada por una sentencia del Tribunal de Apelación holandés de Arnhem-Leeuwarden, estimando que no cabía apreciar originalidad y, por lo tanto, no podían invocarse derechos de propiedad intelectual sobre la réplica de la célebre obra de Rembrandt *La ronda nocturna* realizada a finales de los años ochenta por el pintor (también holandés) Jan van der Horst¹¹³. El tribunal llega a esta conclusión tras considerar que una obra protegida debe llevar el sello personal del autor, lo que a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se traduce en que la obra sea el resultado de decisiones creativas por parte de este¹¹⁴, pero añade un matiz importante y es que ese sello personal del autor “debe ser apreciable en la propia obra”¹¹⁵, o lo que es lo mismo, que esas decisiones creativas han de tener un “impacto visual en el conjunto de la obra”¹¹⁶, cosa que no sucede si el resultado es una reproducción

actividad pone quien la realiza permite pensar que, en términos de propiedad intelectual, estamos ante una obra derivada, más que un caso de verdadera reproducción”. Por su parte, ESPÍN CÁNOVAS, D., “Las obras de artes plásticas en la Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987”, en *Homenaje a H. Baylos. Estudios sobre derecho industrial*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1992, p. 330, considera que la habilidad técnica necesaria para la realización de la copia de una obra de arte hace que esa actividad sea más cercana a la elaboración que a la reproducción, ya que el que copia siempre deja la impronta de su personalidad. Este mismo autor ha afirmado en otro lugar que “[l]a especial naturaleza de la obra de arte exige una ejecución personal que aunque se trate de una pura réplica o copia servil, forzosamente expresa la personalidad del autor, resultando de esa ejecución personal su originalidad”, *vid.* ESPÍN CÁNOVAS, D., *Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 71-72. En parecidos términos, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *op. cit.*, p. 233, sostiene que la copia a mano conlleva una aportación creativa, lo que la aproxima más a la elaboración que a la reproducción. Esta es también la opinión tradicionalmente compartida por los autores franceses, *vid.* COLOMBET, C./ COLOMBET, S., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 3e éd., Dalloz, Paris, 1986, pp. 87 y 88.

113. Gerechtshofde Arnhem-Leeuwarden, 19.3.2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2423, disponible en <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHARL:2019:2423>. Puede verse una reseña de esta decisión en MUÑOZ DE LA OLIVA, P., “Un Tribunal de apelación de los Países Bajos rechaza proteger la copia de una obra plástica por el derecho de auto”, 12.3.2019, disponible en <http://www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=2330&s=1>.
114. En contra de la posición sostenida por el Tribunal de Apelación de Arnhem-Leeuwarden se ha dicho que hay buenas razones para negar derechos de autor sobre una copia de un cuadro de Rembrandt, pero hacerlo porque la realización de la copia no conlleva decisiones creativas es incorrecto, dado que tratar de emular la técnica de Rembrandt implica innegablemente un gran número de opciones creativas, como elegir la pintura correcta, cómo aplicarla, etc., *vid.* DIJKMAN, L., “Is imitation the sincerest form of flattery? On copyright in truthful depictions”, *The IPKat*, 25.3.2019, disponible en <https://ipkitten.blogspot.com/2019/03/imitation-is-sincerest-form-of-flattery.html>.
115. Gerechtshofde Arnhem-Leeuwarden, 19.3.2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2423, disponible en <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHARL:2019:2423>, § 4.2.
116. *Ibid.* § 4.7.

fiel de una obra preexistente¹¹⁷. En este mismo sentido, en nuestra doctrina se había sostenido ya que cuando nos enfrentamos a la copia manual de una obra de arte, para determinar si estamos ante la mera reproducción (no original) o ante una obra derivada (original), hay que atender al resultado obtenido, de manera que si las diferencias respecto del original son mínimas estaremos ante una mera reproducción, mientras que si, por el contrario, cualquiera puede apreciar la diferencia entre el original de la copia cabría hablar de transformación y por lo tanto de una obra nueva¹¹⁸.

Menos problemática resulta la apreciación de la originalidad en el caso de la reproducción por medio de la técnica fotográfica de una obra bidimensional (un cuadro, por ejemplo) y lo mismo cabría decir de las tecnologías que permiten la reproducción fiel en tres dimensiones de objetos tridimensionales (por ejemplo, la réplica de una escultura). Sin embargo, también plantea ciertas dudas el caso de que se produzca un cambio de formato, como cuando nos enfrentamos a la reproducción mediante una imagen de una obra tridimensional (pongamos por caso la fotografía de una obra escultórica). En efecto, constituye una opinión muy extendida que a la hora de apreciar la originalidad de una fotografía que reproduce una obra preexistente, es preciso distinguir según que esta última sea una obra bidimensional, como un cuadro, o una obra tridimensional, como una escultura, pues la fotografía de una obra tridimensional necesariamente supone decisiones creativas, que van más allá de los aspectos puramente técnicos, como por ejemplo el ángulo, la perspectiva, la iluminación o el encuadre del objeto¹¹⁹, lo cual llevaría a restringir

117. Se daba la circunstancia de que el proceso de elaboración de la copia fue bastante complejo debido a que la obra de Rembrandt fue mutilada en 1715 para reducir sus dimensiones con la finalidad de encontrarle acomodo en una sala del ayuntamiento de Ámsterdam. Por ello van der Horst hubo de efectuar un laborioso trabajo de investigación basándose en las réplicas del original anteriores a esa fecha.

118. RIBERA BLANES, B., *op. cit.*, p. 194. Pone esta autora el ejemplo del falsificador que realiza una copia casi perfecta de una copia pictórica. En tal caso, afirma la autora citada, no diríamos que estamos ante una obra diferente, sino ante una mera reproducción o copia de la obra original y la calificación no cambiaría si quien realiza la réplica añade un trazo superficial que no estaba presente en el original. En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente SÁNCHEZ ARISTI, R., "Artículo 18", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 337, para quien el hecho de que la copia de una obra de arte se haga manualmente no implicar necesariamente un efecto transformativo, sino que es el grado de proximidad o alejamiento al original lo que determinará que la copia deba calificarse como reproducción o como transformación del original.

119. BUTLER, K. C., *op. cit.*, p. 109; STANG, F. L., "Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke? Zur urheberrechtlichen Bewertung von Angeboten gemeinfreier Bilder bei Wikipedia und Wikimedia Commons", *Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, Vol. 1, Heft 2, 2009, p. 177; PETRI, G., *op. cit.*, pp. 6-7; CREWS, K. D., *op. cit.*, p. 805. En ocasiones se cita en apoyo de esta postura la doctrina sentada por la *High Court* de Londres en el asunto *Atiquesportfolio*, en el que el tribunal había sido llamado a pronunciarse, entre

de manera considerable el alcance de la norma contenida en el art. 14 DDAMUD, cuando, en verdad, el precepto no hace distinciones. Ciertamente el cambio de dimensiones amplía el margen de libertad del fotógrafo a la hora de tomar decisiones creativas, lo cual está en la base para apreciar el requisito de la originalidad. Sin embargo, ello no significa que la reproducción en dos dimensiones de una obra tridimensional constituya *siempre* una creación original¹²⁰. No lo será cuando la reproducción sea un fiel reflejo de la obra tal y como la percibe quien la observa directamente. Por el contrario, cabría apreciar originalidad cuando la reproducción ofrezca una percepción distinta de la obra de la que tiene quien la contempla en persona¹²¹. La cuestión, por lo tanto, no admite una respuesta apriorística, sino que habrá que analizarla caso por caso.

7. COMPATIBILIDAD DEL ART. 14 DDAMUD CON LOS DERECHOS RECONOCIDOS A QUIEN DIVULGA UNA OBRA INÉDITA EN DOMINIO PÚBLICO

El art. 129.1 TRLPI atribuye a quien divulgue lícitamente por primera vez una obra inédita en dominio público los mismos derechos de explotación que corresponden a su autor. A tenor del art. 130 TRLPI, el plazo de protección de dichos derechos será de veinticinco años a partir del momento en que la obra haya sido publicada o comunicada lícitamente.

Aunque art. 129.1 TRLPI parece estar más bien pensado para las obras literarias o musicales (de hecho la rúbrica de los arts. 129 y 130 TRLPI se refieren a “La protección de determinadas producciones editoriales”), nada impide

otras cuestiones, sobre si estaban protegidas por derechos de autor las fotografías de una serie vasijas y otras antigüedades. El Juez Neuberger razona que la posición de un objeto, el ángulo desde el que se toma la fotografía, la iluminación o el enfoque constituyen decisiones estéticas, aunque sea a un nivel muy básico, suficientes para apreciar su originalidad. Sin embargo, no hay que desconocer que en el caso particular también jugó un papel importante que las fotografías se centraban en determinadas características y detalles de los objetos fotografiados, *Antiquesporfolio.com, Plc. v. Rodney Ficht & Co., Ltd.* (2001) F.S.R. 23.

120. MARGONI, Th., *op. cit.*, p. 161; WOJCIK, M. C., “The Antithesis of Originality: Bridgeman, Image Licensors, and the Public Domain”, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 30, 2008, p. 267.

121. Como afirma BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *op. cit.*, p. 235, “no sería creativa, por ejemplo, la típica foto ‘de frente’ de una escultura o edificio; en estos casos, el autor fotográfico goza de la tutela que le ofrece el derecho conexo sobre las simples fotografías. Por el contrario, si a través de la fotografía, por una selección especial de luces, ángulos, lentes, una parte especial de la obra plástica que se destaca, etc., el fotógrafo nos ofrece una nueva manera de mirar esa obra plástica, una nueva perspectiva... entonces esta fotografía podrá tutelarse como obra derivada o elaboración”. En el mismo sentido, *vid.* LATREILLE, A., *op. cit.*, p. 301.

aplicarlos a otro tipo de obras¹²², incluidas las obras de arte visual, de manera que quien divulgue una obra de arte visual inédita que forme parte del dominio público adquirirá sobre ella los mismos derechos económicos de los que habría disfrutado su autor durante un plazo de veinticinco años.

Podríamos preguntarnos si existe algún tipo de colisión entre el art. 129.1 TRLPI y el art. 14 DDAMUD. El primero atribuye los derechos de explotación sobre la obra en dominio público en favor del divulgador, lo que incluye el derecho de reproducción, mientras el art. 14 DDAMUD lo que dice es que cuando una obra forma parte del dominio público quien realice una reproducción fiel de la misma no adquiere un derecho de propiedad intelectual sobre dicha reproducción. En realidad, ambas normas son perfectamente compatibles, pues en el caso de la divulgación de una obra inédita el titular de los derechos sobre la misma no necesita ostentar un derecho sobre las reproducciones de la misma, porque el uso inconsentido de las mismas podría considerarse como una vulneración de los derechos sobre la propia obra. Como ha afirmado algún comentarista, ambos preceptos coinciden en el objetivo de facilitar la difusión de las creaciones intelectuales y acceso a la cultura, pero mientras que el art. 14 DDAMUD lo hace preservando la libre utilización de las obras que han entrado en el dominio público, el art. 129.1 TRLPI trata de incentivar la divulgación de obras inéditas permitiendo rescatarlas temporalmente del dominio público para volver a someterlas a derechos exclusivos¹²³. Por otro lado, el ámbito de aplicación del art. 129.1 TRLPI es más limitado, pues se refiere específicamente a las obras que entraron inéditas en el dominio público, de ahí su excepcionalidad, mientras que el art. 14 DDAMUD se refiere con carácter general a cualquier obra que ha entrado a formar parte del dominio público por haber expirado el término de protección.

IV. LIMITACIONES DE ACCESO Y RESTRICCIONES DE USO DEL PATRIMONIO CULTURAL EN DOMINIO PÚBLICO

Pese al avance que indudablemente representa el art. 14 DDAMUD para lograr el objetivo perseguido por el legislador europeo de “facilitar el uso de contenidos en dominio público”¹²⁴, lo cierto es que del mismo no se deriva un verdadero derecho de acceso, ni a las obras de dominio público ni a las reproducciones de las mismas¹²⁵. En efecto, aunque se hayan extinguido los

122. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Artículo 129”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 1774.

123. CASAS VALLÉS, R., “Adenda al caso REM...”, *cit.*, ap. 37,

124. Considerando 3 DDAMUD.

125. WALLACE, A./ EULER, E., *op. cit.*, p. 835.

derechos de autor sobre la obra y esta forme parte del dominio público, el derecho de propiedad sobre la misma otorga a su titular la facultad de impedir el acceso a la misma o a las reproducciones que él mismo haya podido realizar¹²⁶. Además, en cuanto que conserva el monopolio *de facto* sobre esas reproducciones, el propietario puede imponer restricciones al uso de las mismas a través de los términos de los contratos que celebre con terceros, ya sea para la cesión de esas imágenes o para autorizar que otros reproduzcan por sí mismos la obra en cuestión¹²⁷. En algunas ocasiones estas restricciones pueden estar justificadas. Pensemos que la realización de reproducciones de alta calidad de una obra de arte es una tarea compleja y costosa, por lo que, en términos económicos, parece razonable que si alguien desea hacer uso con fines comerciales de la imagen de una obra de arte, que había sido previamente digitalizada por la institución propietaria de la misma, tenga que pagar a esta última una determinada contraprestación a cambio de la cesión de dicha imagen. La institución puede recuperar de esta forma parte de la inversión realizada y el cesionario se ahorra los gastos de tener que acometer por sí mismo las tareas de reproducción. En estas condiciones, el propietario ha de poder limitar contractualmente el uso que vaya a hacer el cesionario de la imagen, pues de lo contrario perdería absolutamente el control sobre la misma después de la primera cesión¹²⁸. El problema es que en ocasiones las restricciones impuestas por el propietario pueden no ser tan razonables, excediendo incluso las facultades que puede ejercitar el titular de los derechos de autor sobre una obra protegida¹²⁹, y, sin embargo, resulta difícil cuestionar la validez de dichas cláusulas dado que la ley no reconoce con carácter general un derecho de acceso y reutilización de las obras en dominio público¹³⁰.

126. En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Reproducción de la obra plástica...”, *cit.*, pp. 198-200, pone de manifiesto que, aunque se hayan extinguido los derechos de autor sobre la obra y esta forme parte del dominio público, el derecho de propiedad sobre la misma otorga a su titular la facultad de impedir su reproducción, subordinar ésta a condición o precio o limitar el uso que se pueda hacer de las reproducciones.

127. CREWS, K. D., *op. cit.*, p. 806.

128. *Ibid. loc. cit.*

129. CREWS, K. D./ BROWN, M. A., *op. cit.*, p. 277.

130. CRONING, Ch., “Possession is 99% of the Law: 3D Printing, Public Domain Cultural Artifacts and Copyright”, *Minn. J. L. Sci. & Tech.*, Vol. 17, Issue 2, 2016, p. 727. Sin embargo, SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, L./ PASCHWITZ, J., *op. cit.*, p. 105, sostienen que, en el Derecho alemán, el art. 14 DDAMUD refuerza la idea de que las disposiciones contractuales contenidas en clausulados generales por las que se extienda el monopolio del propietario sobre los derechos de explotación de una obra de dominio público son ineficaces en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo, apartado primero, del § 307 BGB, que presume que hay una desventaja injustificada de la contraparte contractual si una cláusula no es compatible con los principios esenciales de una disposición legal. Sin embargo, si una ponderación de los intereses en juego lleva a la conclusión de que las restricciones impuestas por el propietario son necesarias para la viabilidad de su actividad, dichas cláusulas serán válidas a pesar de la desviación del

Las restricciones de acceso y limitaciones de los usos permitidos sobre obras de dominio público pueden imponerse también a través de medidas tecnológicas de protección, en cuyo caso cabría preguntarse si la elusión de esas medidas tecnológicas puede considerarse en sí misma una actividad infractora. La respuesta en este caso debe ser negativa, ya que la posibilidad de restringir el acceso o el uso de obras o prestaciones integradas en el dominio público no está amparada por las normas que sancionan la elusión de las medidas tecnológicas de protección. Tanto el art. 6.3 DDASI como el art. 160.3 TRLPI se refieren a obras o prestaciones “protegidas”, por lo que cabe entender que no infringe la norma quien elude una medida tecnológica que restringe el acceso o impide ciertos usos sobre una obra o prestación perteneciente al dominio público. Pero quizá no sea suficiente con eso, porque es evidente que el usuario medio puede no estar en condiciones de eludir las medidas tecnológicas, por lo que en la práctica estas se pueden convertir en un obstáculo insalvable para el disfrute del dominio público.

La Directiva 2013/37/UE, por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE sobre reutilización de la información del sector público (conocida como Directiva PSI por su acrónimo en inglés)¹³¹, supuso un considerable avance hacia el reconocimiento de un derecho de acceso a las obras en dominio público, en la medida en que con ella se extendió el ámbito de aplicación de la Directiva PSI a bibliotecas, archivos y museos, hasta ese momento expresamente excluidos. De este modo, los fondos de estas instituciones que no estén sujetos a restricciones de propiedad intelectual –incluidos, por tanto,

principio rector del § 64 UrhG, que establece la duración temporal de los derechos de autor (ibid., p. 106).

131. La Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2003/98/oj>, tenía como finalidad la armonización mínima de las normas y prácticas nacionales en materia de reutilización de los documentos del sector público, pero no establecía, sin embargo, una obligación de autorizar la reutilización de documentos. La Directiva PSI fue modificada en virtud de la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2013/37/oj>. Por un lado, se establece la obligación inequívoca para los Estados miembros de autorizar la reutilización de todos los documentos, salvo si el acceso está restringido o excluido en virtud de normas nacionales sobre acceso a los documentos y sometida a las demás excepciones establecidas en la propia Directiva; y, por otro, se amplía el ámbito de aplicación de la Directiva PSI a bibliotecas, incluidas las universitarias, museos y archivos. La transposición en nuestro país de la Directiva PSI tuvo lugar en virtud de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/11/16/37/con> modificada después por la Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/09/18>.

los contenidos en dominio público— debían estar a disposición de los ciudadanos o empresas para realizar actividades de valor añadido, ya sean con fines comerciales o no¹³².

La Directiva PSI ha sido recientemente reemplazada por la Directiva (UE) 2019/1024, sobre datos abiertos y reutilización de la información del sector público (en adelante DDA)¹³³, cuyo art. 3 dispone que los Estados miembros velarán por que los documentos a los que se aplica la presente Directiva, incluidos los documentos conservados por bibliotecas, museos o archivos, puedan ser reutilizados para fines comerciales o no comerciales. Por otro lado, la Directiva trata de incentivar la digitalización de la información, al disponer que “los Estados miembros animarán a los organismos del sector público y a las empresas públicas a elaborar y facilitar documentos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva con arreglo al principio de ‘documentos abiertos desde el diseño y por defecto’”¹³⁴.

Sin embargo, las obligaciones impuestas por la Directiva sobre datos abiertos están sujetas a determinadas excepciones por lo que a las instituciones de patrimonio cultural se refiere, que pueden representar un freno para el acceso a las obras de dominio público incluidas en sus colecciones. Por un lado, en virtud del art. 6.5 DDA, bibliotecas, museos y archivos quedan excluidos del deber de facilitar el acceso a sus contenidos de forma gratuita, estando autorizados a cobrar tarifas por encima de los costes marginales, alcanzando los derivados de la recogida, producción, reproducción, difusión, puesta a disposición, almacenamiento y conservación, pudiendo incluir en dichas tarifas un margen de *beneficio razonable* de la inversión. Para calcular ese beneficio razonable el considerando 38 de la Directiva sugiere tomar en consideración los precios aplicados por el sector privado para la reutilización de documentos idénticos o similares, lo que supone trasladar al sector público modelos basados en la explotación monopolística de recursos escasos para obtener un beneficio económico¹³⁵. Sin embargo, como puso de relieve la Comisión en sus directrices sobre las licencias normalizadas recomendadas, los conjuntos de

132. Como decía el considerando 15 de la Directiva 2013/37/UE, “[l]as bibliotecas, los museos y los archivos contienen una considerable cantidad de valiosos recursos de información del sector público, dado en particular que los proyectos de digitalización han multiplicado la cantidad de material digital de dominio público. Estos fondos de patrimonio cultural y metadatos conexos constituyen una base potencial para productos y servicios de contenidos digitales y tienen un enorme potencial de reutilización innovadora en sectores tales como el aprendizaje y el turismo”.

133. Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1024/oj>.

134. Art. 5.2 DDA.

135. WALLACE, A./ EULER, E., *op. cit.*, p. 842.

datos y el cobro por la reutilización de los documentos, el margen de beneficio de la inversión que pueden incluir las instituciones del patrimonio cultural en sus tarifas ha de ser también “razonable”, lo que se traduce en que puede ser “ligeramente superior al coste del capital corriente, pero bastante por debajo del rendimiento medio de los operadores comerciales, que probablemente sea mucho más elevado debido al mayor nivel de riesgo asumido”, riesgo que no existe en relación con la reutilización de la información del sector público, dado que la producción de esta información forma parte de la misión de los organismos del sector público¹³⁶.

Otro aspecto problemático es la posibilidad de las instituciones del patrimonio cultural de otorgar derechos de exclusiva en el marco de convenios de colaboración con empresas privadas para la digitalización de sus colecciones y archivos. La Directiva considera que dichos derechos de exclusiva pueden ser necesarios para dar a los socios privados la posibilidad de recuperar su inversión, pero deben estar sometidos a un límite temporal lo más corto posible con el fin de respetar el principio según el cual el material de dominio público debe permanecer en el dominio público tras su digitalización¹³⁷. A tenor del art. 12.3 DDA, cuando exista un derecho exclusivo relacionado con la digitalización de los recursos culturales, el período de exclusividad no será, como regla general, superior a diez años¹³⁸ y el titular de dicho derecho exclusivo deberá facilitar gratuitamente al organismo del sector público una copia de los recursos culturales digitalizados, que estará disponible para su reutilización una vez finalizado el período de exclusividad¹³⁹. Sin embargo, un plazo de diez años parece excesivo, sobre todo teniendo en cuenta que los rápidos avances tecnológicos pueden hacer que en ese tiempo los estándares técnicos o los formatos hayan quedado desfasados¹⁴⁰.

V. CONCLUSIONES

La digitalización del patrimonio cultural en dominio público constituye un objetivo prioritario de las instituciones europeas, no solo como un medio de fomentar el acceso y la promoción de la cultura, sino también como un importante factor de crecimiento económico. Precisamente uno de los obstáculos

136. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación *Directrices sobre las licencias normalizadas recomendadas, los conjuntos de datos y el cobro por la reutilización de los documentos* (2014/C 240/01), apartado 4.2.4.

137. Considerando 49 DDA.

138. En otro caso, el art. 12.3, párrafo primero, DDA dispone que su duración se revisará durante el undécimo año y, si procede, cada siete años a partir de entonces.

139. Art. 12.3, párrafo tercero, DDA.

140. WALLACE, A./ EULER, E., *op. cit.*, p. 844.

identificados en varios Estados miembros para favorecer el acceso y la reutilización de las obras de arte en dominio público eran los derechos de propiedad intelectual sobre las reproducciones de estas obras derivados del propio proceso de digitalización, obstáculo que ha venido a eliminar el art. 14 DDAMUD.

En ciertos aspectos, el art. 14 DDAMUD supone una clarificación más que un cambio del derecho vigente en la Unión Europea, pero, al menos por lo que se refiere a la protección de las meras fotografías, no se puede decir lo mismo. En efecto, que la reproducción fiel de una obra de arte que se halla en el dominio público no está protegida por nuevo derecho de autor, es una conclusión a la que podía llegarse ya antes aplicando el estándar establecido por el Tribunal de Justicia para apreciar la originalidad, aunque la nueva norma ha venido a despejar cualquier duda. Sin embargo, esas reproducciones sí que podían dar vida a un derecho afín –el que se reconoce en algunos ordenamientos nacionales sobre las meras fotografías, esto es, aquellas en las que no cabe apreciar el requisito de la originalidad–. Por lo tanto, se puede decir que el art. 14 DDAMUD pone fin a la fragmentación existente entre los distintos países europeos en relación con el reconocimiento de derechos sobre las fotografías y otras reproducciones por medios análogos en los que no quepa apreciar originalidad, aunque sea únicamente en relación con las reproducciones de obras de arte visual en dominio público.

Sin embargo, como puso de manifiesto el asunto REM, pese a que el art. 14 DDAMUD impida que el propietario de una obra de arte en dominio público pueda hacer valer un derecho de propiedad intelectual sobre las reproducciones de la misma, ello no es suficiente para garantizar un derecho de acceso y reutilización del dominio público, al no existir una obligación positiva de difundir o facilitar el acceso a esas reproducciones o de permitir que cualquiera pueda hacer reproducciones de esas obras por sí mismo. También puede ocurrir que los propietarios de obras de arte en dominio público pongan a disposición del público sus colecciones digitalizadas, pero restrinjan contractualmente o a través de los términos y condiciones de su sitio web el uso que puede hacerse de las mismas, frustrando de esta forma el objetivo perseguido por el art. 14 DDAMUD. No obstante, cabe esperar que la política de acceso abierto en la UE influya en la posición de los museos, bibliotecas y archivos respecto de la digitalización de sus colecciones y la libre accesibilidad de las mismas, especialmente cuando se trate de instituciones de titularidad pública.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AMENEIROS RODRÍGUEZ, R./ VARELA-OROL, C., “¿Dominio público o copyfraude de copias digitales? Prácticas en bibliotecas patrimoniales

- españolas”, *Anales de Documentación*, Vol. 21, Núm. 1, 2018, pp. 1-15, disponible en DOI: <https://doi.org/10.6018/analesdoc.21.1.308621>.
- ALLAN, R. J., “After *Bridgeman*: Copyright, Museums, and Public Domain Works of Art”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 155, 2007, pp. 961-989.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 10”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.^a edición, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 151-189.
- “Artículo 128”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.^a ed., Tecnos, 2017, pp. 1763-1770.
- “Artículo 129”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1773-1780.
- BONDÍA ROMÁN, F. “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, *ADC*, Tomo LIX, 2006, pp. 1065-1114.
- BUTLER, K. C., “Keeping the World Safe from Naked-Chicks-in-Art Refrigerator Magnets: The Plot to Control Art Images in the Public Domain through Copyrights in Photographic and Digital Reproductions”, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 21, 1998, pp. 55-127.
- CAMERON, C. T., “In Defiance of Bridgeman: Claiming Copyright in Photographic Reproductions of Public Domain Works”, *Texas Intellectual Property Law Journal*, Vol. 15, 2006, pp. 31-61.
- CASAS VALLÉS, R., “La protección de los artistas plásticos en el Derecho español”, en AA. VV., *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, t. I, Ministerio de Cultura. Madrid, 1991, pp. 259-278.
- “Adenda al Caso REM. Obras visuales en el dominio público: el nuevo art. 14 de la Directiva sobre el mercado único digital”, *Aladda Blog*, disponible en <http://aladda.es/adenda-al-caso-rem-el-art-14-de-la-directiva-sobre-el-mercado-unico-digital-obras-de-arte-visual-en-el-dominio-publico/>.
- CARRANCHO HERRERO, M. T., “Las cosas fotografiadas. En torno a la llamada imagen de las cosas propias”, en Serrano Fernández, M. (coord.), *Fotografía y Derecho de autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 123-186.
- COLOMBET, C./ COLOMBET, S., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 3e éd., Dalloz, Paris, 1986.

- CRONING, Ch., "Possession is 99% of the Law: 3D Printing, Public Domain Cultural Artifacts and Copyright", *Minn. J. L. Sci. & Tech.*, Vol. 17, Issue 2, 2016, pp. 709-736.
- CREWS, K D., "Museum Policies and Art Images: Conflicting Objectives and Copyright Overreaching", *Fordham Intell. Prop. Media & Entert. Law Journal*, Vol. 22, 2012, pp. 795-834.
- CREWS, K. D./ BROWN, M. A., "Control of museum art images: the reach and limits of copyright and licensing", en Kur, A./ Mizaras, V. (eds.), *The Structure of Intellectual Property Law. Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, Cheltenham/ Northampton, Ma., 2021, pp. 269-284.
- DEAZLEY, R., "Photographing Paintings in the Public Domain: A Response to Garnett", *E.I.P.R.*, Vol. 23, Issue 4, 2001, pp. 179-184.
- DIJKMAN, L., "Is imitation the sincerest form of flattery? On copyright in truthful depictions", *The IPKat*, 25.3.2019, disponible en <https://ipkitten.blogspot.com/2019/03/imitation-is-sincerest-form-of-flattery.html>.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., "Las obras de artes plásticas en la Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987", en *Homenaje a H. Baylos. Estudios sobre derecho industrial*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1992, pp. 323-340.
- Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas, Madrid, 1996.
- EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comments on the implementation of Art. 14 the Directive (UE) 2019/791 on Copyright in the Digital Single Market*, 26.4.2020, disponible en https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/04/ecs_cdsim_implementation_article_14_final.pdf.
- GALACHO ABOLAFIO, A. F., "La originalidad en los derechos de autor, un enfoque fotográfico", *ADI*, Vol. 38, 2017-2018, pp. 323-348.
- GARNETT, K. et al., *Copinger and Skone James on Copyright*, 14.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 1999.
- GARNETT, K., "Copyright in Photographs", *E.I.P.R.*, Vol. 22, Issue 5, 2000, pp. 229-237.
- GIANNOPOULOU, A., "The New Copyright Directive: Article 14 or when the Public Domain Enters the New Copyright Directive", *Kluwer Copyright Blog*, 27.6.2019, disponible en <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/27/the-new-copyright-directive-article-14-or-when-the-public-domain-enters-the-new-copyright-directive/>.
- GOTZEN, F., "Los 'conceptos autónomos' en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre Derechos de autor", en *Cámara*

- Águila, P./ Garrote Fernández-Díez, I. (coord.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 27-46.
- HAMMA, K., “Public Domain Art in an Age of Easier Mechanical Reproducibility”, *D-Lib Magazine*, Vol. 11, Num. 11, November 2005, disponible en <http://www.dlib.org/dlib/november05/hamma/11hamma.html>.
- HERNANDO COLLAZOS, I., “Patrimonio fotográfico. Originalidad y dominio público. Una aproximación desde el Derecho de autor en España”, *RIIPAC*, n.º 2/2013, pp. 74-104.
- KELLY, K., *Images of Works of Art in Museum Collections: the Experience of Open Access*, Council on Library and Information Resources, Washington, DC, 2013, disponible en <http://www.clir.org/pubs/reports/pub157>.
- LATREILLE, A., “L’appropriation des photographies d’oeuvres d’art: éléments d’une réflexion sur un objet de droit d’auteur”, *Le Dalloz*, 2002, n.º 3, pp. 299-306.
- LUTZI, T., “Digitized images of works in the public domain: what rights vest in them? Analysis of the recent BGH Reiss-Engelhorn judgment – Part 1”, *The IP Kat*, 19.2.2019, disponible en <https://ipkitten.blogspot.com/2019/02/digitized-images-of-works-in-public.html>.
- MARCIANO, A./ MOUREAU, N., “Museums, property rights, and photographs of works of art. Why reproduction through photograph should be free”, *Review of Economic Research on Copyright Issues*, vol. 13(1), 2016, pp. 1-28.
- MARCHETTI, P./ UBERTAZZI, L. C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 5.ª ed., CEDAM, Padova, 2012.
- MARGONI, Th., “Digitising the Public Domain: Non Original Photographs in Comparative EU Copyright Law”, en Gilchrist, J./ Fitzgerald, B. (eds.), *Copyright, Property and the Social Contract. The Reconceptualisation of Copyright*, Springer, Cham, 2018, pp. 157-180.
- MUÑOZ DE LA OLIVA, P., “Un Tribunal de apelación de los Países Bajos rechaza proteger la copia de una obra plástica por el derecho de auto”, 12.3.2019, disponible en <http://www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=2330&s=1>.
- ONG, B., “Originality from Copying: Fitting Recreative Works into the Copyright Universe”, *Intellectual Property Quarterly*, 2010, Issue 2, pp. 166-192.
- ORTEGA DOMENECH, J., *Obra plástica y Derechos de autor*, Reus, Madrid, 2000.

- PANTALONY, R. E., *La gestión de la propiedad intelectual en los museos*, OMPI, Ginebra, 2013, disponible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1001.pdf.
- PEKEL, J., *Democratising the Rijksmuseum – Why the Rijksmuseum make available their highest quality material without restrictions, and what are the results?*, Europeana, 2014, disponible en https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Publications/Democratising%20the%20Rijksmuseum.pdf.
- PETRI, G., “The Public Domain vs. the Museum: The Limits of Copyright and Reproductions of Two-dimensional Works of Art”, *Journal of Conservation and Museum Studies*, 2014, 12(1):8, pp. 1-12, DOI: <http://doi.org/10.5334/jcms.1021217>.
- PIZARRO MORENO, E., “Obras expresadas por procedimientos análogos a los fotográficos. En torno a las llamadas ‘simples fotografías’”, en Serrano Fernández, M. (coord.), *Fotografía y Derecho de autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 31-44.
- RAHMATIAN, A., “Originality in UK Copyright Law: The Old ‘Skill and Labour’ Doctrine Under Pressure”, *IIC*, Vol. 44, 2013, pp. 4-34.
- RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (coord.), *Derechos del Artista Plástico*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 153-200.
- “Artículo 18”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, B. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 283-303.
- ROGEL VIDE, C., “Artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en Albaladejo García, M./ Díaz Alabart, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 4.º A, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 203-264.
- ROSATI, E., “DSM Directive Series # 3: How far does Article 14 go?”, *The IPKat*, 9.4.2019, disponible en <http://ipkitten.blogspot.com/2019/04/dsm-directive-series-3-how-far-does.html>.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “Artículo 118 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en Albaladejo García, M./ Díaz Alabart, S. (coord.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 4.º B, EDERSA, Madrid, 1995, pp. 522-541.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., “Artículo 18”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 309-337.

- SALZBURG RESEARCH FORSCHUNGSGESELLSCHAFT, *The DigiCULT Report. Technological Landscapes for Tomorrow's Cultural Economy: Unlocking the Value of Cultural Heritage*, Full Report, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburg, 2002, accessible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/c1dd83bb-4217-4acb-8cf7-c5c4845ba7a4>.
- SOLER MASOTA, P., “Fotografía y Derecho de autor”, *ADC*, Tomo LII, 1999, pp. 101-144.
- SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, L./ PASCHWITZ, J., “Gemeinfreiheit als Prinzip. Richweite und Umsetzungsbedarf des Art. 14 DSM-Richtlinie”, *Recht und Zugang*, Jhargang1, Heft 1, DOI: 10.5771/2699-1284-2020-1-95, pp. 95-107.
- STANG, F. L., “Freie Verwendung von Abbildungen gemeinfreier Werke? Zur urheberrechtlichen Bewertung von Angeboten gemeinfreier Bilder bei Wikipedia und Wikimedia Commons”, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, Vol. 1, Heft 2, 2009, pp. 167-219.
- STOKES, S., “Copyright in Photographs of Works of Art: The Bridgeman Litigation”, *Art, Antiquity and Law*, Vol. 5, Issue 1, 2000, pp. 47-55.
- *Art and Copyright*, 2.^a ed, Hart, Oxford/ Portland, Oregon, 2012.
- TORREMANS, P., “El papel de los conceptos autónomos del Tribunal de Justicia como elemento armonizador de la legislación sobre derechos de autor en el Reino Unido”, en Cámara Águila, P./ Garrote Fernández-Díez, I. (coord.), *La unificación del derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 615-658.
- UBERTAZZI, L. C., “La protezione delle fotografie in Italia”, *Il Diritto di Autore*, 1998, pp. 50-70.
- VALERO MARTÍN, E., *Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- WALTER, M. M./ VON LEWINSKI, S., *European Copyright Law: A Commentary*, 1.^a ed. (reimpr.), Oxford University Press, Oxford, 2013.
- WALLACE, A./ EULER, E., “Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments”, *IIC*, Vol. 51, 2020, pp. 823-885.
- WOJCIK, M. C., “The Antithesis of Originality: Bridgeman, Image Licensors, and the Public Domain”, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 30, 2008, pp. 257-286.

Protección de los Aspectos Funcionales de las Obras de Arte por la Propiedad Industrial¹

Protection of functional aspects of artworks by industrial property

DIEGO GUZMÁN

*Docente Investigador – Departamento de Propiedad Intelectual
Facultad de Derecho – Universidad Externado de Colombia
Coordinador Editorial – Revista La Propiedad Inmaterial
Director – Diego Guzmán Abogados*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA OBRA DE ARTE APLICADO EN EL DERECHO DE AUTOR. 1. *La obra como objeto de protección del derecho de autor*. 1.1. Originalidad. 1.2. Creación Intelectual o humana. 1.3. Fijación. 2. *Alcance de la protección conferida a la obra por el derecho de autor*. 3. *Obra plástica y obra de arte aplicado*. 3.1. Particularidades de la obra artística. 3.2. Diferencia entre la obra de arte aplicado y la obra artística. III. SEPARABILIDAD Y UNIDAD DE OBRA. 1. *Unidad del arte en Europa*. 2. *Doctrina estadounidense de la separabilidad en los objetos útiles*. 3. *Ausencia de uniformidad en América Latina*. IV. PROPIEDAD INDUSTRIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS ASPECTOS FUNCIONALES DE LA OBRA DE ARTE. 1. *Aspectos generales de la propiedad industrial*. 1.1. Registro constitutivo del derecho. 1.2. Territorialidad. 2. *Nuevas creaciones*. 2.1. Categorías de nuevas creaciones compatibles con la obra de arte aplicado. A. *Patentes de invención*. B. *Patentes de modelo de utilidad*. C. *Esquema de trazado de circuitos integrados*. D. *Diseños industriales*. 2.2. Criterios de patentabilidad. A. *Novedad*. B. *Altura inventiva*. C. *Aplicación industrial*. 2.3. Alcance del derecho en las reivindicaciones. A. *Relevancia de las reivindicaciones*. B. *Categorías de reivindicaciones*. a) Reivindicaciones de

1. Trabajo realizado por encargo de la Fundación Profesor Uría (N. del E.).

producto. b) Reivindicaciones de procedimiento. c) Reivindicaciones de uso. 2.4. Exclusiones de patentabilidad: las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor y las creaciones estéticas. A. *Exclusiones de patentabilidad*. B. *Obras y creaciones estéticas*. C. *Fundamento de la exclusión de obras y creaciones estéticas*. D. *Problemática de la exclusión y posible solución para la protección acumulada en la obra de arte aplicado*. 3. *Signos distintivos*. 3.1. Función de la obra artística como signo distintivo. 3.2. Alcance del derecho sobre los signos distintivos y el riesgo de confusión. 3.3. Categorías de signos distintivos. A. *Marcas*. B. *Marcas colectivas*. C. *Marcas de certificación*. D. *Enseña y nombre comercial*. E. *Indicaciones geográficas y denominaciones de origen*. 3.4. Características de los signos distintivos. A. *Especialidad y territorialidad de los signos distintivos*. B. *Registro constitutivo del derecho*. C. *Duración indefinida del derecho*. 3.5. Controversias en torno al registro de obras artísticas como marcas. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen

La protección que el derecho de autor reconoce a una obra de arte le confiere a su titular una serie de derechos morales y patrimoniales para impedir la realización de actos como su reproducción y modificación por terceros no autorizados. Se trata, no obstante, de un amparo limitado por cuanto se restringe a su valor estético. Incluso, en la obra de arte aplicado, la protección reconocida por el derecho de autor no se extiende a los usos prácticos que pueda llegar a tener. De ahí que la propiedad industrial constituye una alternativa para el titular interesado en obtener un derecho exclusivo y excluyente respecto de los aspectos funcionales de la obra plástica. Para ello, esta debe cumplir con los distintos requisitos internacionalmente establecidos para poder ser reconocida como un signo distintivo o una nueva creación. Teniendo esto presente, el escrito parte de la definición de obra de arte aplicado en el derecho de autor, estudia cómo opera la protección acumulada de derechos y luego desarrolla los principios de la propiedad industrial para identificar el alcance de la protección complementaria que ofrece. Adicionalmente, la investigación se aleja un poco de la tendencia tradicional de comparar la obra de arte aplicado con el diseño industrial, en cuanto este excluye los aspectos funcionales de su ámbito de protección. De esta manera, se expone cómo la propiedad industrial sirve para ampliar los derechos del titular sobre los aspectos utilitarios de una obra de arte.

Palabras clave

Derecho de autor; patentes; marcas; obra de arte aplicado; reivindicaciones; obra de arte; unidad de arte; separabilidad; signos distintivos; nuevas creaciones; exclusión de patentabilidad; irregistrabilidad.

Abstract

The copyright protection granted to artworks confers a series of moral and economic rights to the copyright holder, to prevent unauthorized acts such as the reproduction and modification of the work by third parties. It is, however, a limited protection inasmuch as it is restricted to its aesthetic value. Even in works of applied art, the protection recognized by copyrights does not extend to the practical uses that it may have. Hence, industrial property constitutes an alternative for the rights' holder, interested in obtaining an exclusive right regarding the functional aspects of the artwork. For this, the work must comply with all the different internationally established requirements in order to be recognized as a distinctive sign or a new creation. With that in mind, this paper begins by defining works of applied art in copyright, then studies how the combined protection of the different types of intellectual property operates, and then elaborates on the principles of industrial property to identify the scope of the complementary protection it offers. Additionally, the research departs somewhat from the traditional trend of comparing works of applied art with design patents, insofar as this excludes the functional aspects from its scope of protection. This way, it is exposed how industrial property serves to expand the exclusive rights over the utilitarian aspects of an artwork.

Keywords

Copyright; patents; trademarks; works of applied art; patent claims; artworks; unit art; separability; distinctive signs; new creations; exclusion from patentability; non-registrability

I. INTRODUCCIÓN

La protección que el derecho de autor reconoce a una obra de arte le confiere a su titular una serie de derechos morales y patrimoniales para impedir la realización de actos como su reproducción y modificación por terceros no autorizados. Se trata, no obstante, de un amparo limitado por cuanto se restringe a su valor estético. Incluso, en la obra de arte aplicado, la protección reconocida por el derecho de autor no se extiende a los usos prácticos que pueda llegar a tener. De ahí que la propiedad industrial constituye una alternativa para el titular interesado en obtener un derecho exclusivo y excluyente respecto de los aspectos funcionales de la obra plástica. Para ello, esta debe cumplir con los distintos requisitos internacionalmente establecidos para poder ser reconocida como un signo distintivo o una nueva creación. Teniendo esto presente, este escrito parte de la definición de obra de arte aplicado en el derecho de autor y luego desarrolla los principios de la propiedad industrial para identificar cómo esta ofrece una protección

complementaria. De esta manera, se pretende exponer cómo la propiedad industrial sirve para ampliar los derechos del titular sobre los aspectos utilitarios de una obra de arte.

El derecho de autor define a la obra de arte como “una creación cuya finalidad es apelar al sentido estético de la persona que la contempla”². De ahí que el carácter estético constituya una característica sustancial de la obra plástica susceptible de ser amparada por esta rama de la propiedad intelectual. Esta definición recoge la posición históricamente defendida por la crítica artística, la cual consideró “una obra de arte sólo cuando esta carece de un uso instrumental preponderante”³. Por esta razón, el derecho de autor tradicionalmente ha protegido a la forma de expresión y no a sus aspectos funcionales.

Adicionalmente, el numeral 7 del artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Convenio de Berna) incluye dentro del ámbito de protección del derecho de autor a las obras de artes aplicadas. Esta categoría consiste en “una creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea de artesanía o producida a escala industrial”⁴. Así, se caracteriza por un elemento estético que lo identifica con la obra plástica tradicional y un elemento funcional que permite hacer un uso práctico de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, la obra de arte aplicado plantea una problemática en lo que concierne al alcance de su protección. Si bien su carácter estético es protegido por el derecho de autor, este amparo no se extiende a su aspecto funcional. Por esta razón, la propiedad industrial aparece como una alternativa para conferirle protección jurídica al elemento útil de la obra.

Tradicionalmente se ha abordado la aplicación de la propiedad industrial a la obra de arte aplicado a partir del diseño industrial. No obstante, este no permite otorgar un derecho sobre el aspecto útil de una creación. Por lo tanto, debe acudir a las demás categorías de la propiedad industrial que sí lo hacen, como lo son las marcas y las patentes. Para ello, es fundamental diferenciar si dicha funcionalidad le confiere a la obra de arte aplicado la capacidad de identificar productos y servicios en el mercado, o de resolver un problema técnico. Dependiendo de ello, este rasgo puede adquirir un carácter exclusivo y excluyente como signo distintivo o como una nueva creación.

2. BOYTHA, György. *Glosario OMPI, Derecho de autor y conexos*. Geneva: Published by the World Intellectual Property Organization. Línea de investigación en Derecho de Autor, Propiedad Industrial y Sociedad de la Información. Ginebra: OMPI (14 de diciembre de 2016, 1980). Voz 13. p. 19.
3. KUBLER, George, *The shape of time: Remarks on the history of things*. New Haven & Londres: Yale University Press, 1962. p. 16. Traducción del autor.
4. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor, análisis de jurisprudencia comparada*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas / Temis, 2009. p. 8.

Así las cosas, el objetivo principal del presente escrito consiste en definir los requisitos que debe cumplir una obra de arte aplicado para que sus aspectos útiles puedan ser amparados por las distintas categorías de propiedad industrial, del mismo modo que el derecho de autor protege su aspecto estético. Con este fin, se acude a una metodología sincrónica por medio de la cual se exponen las normas relevantes en materia de propiedad intelectual y se analiza cómo han sido aplicadas para este tipo de obras. Esto permite que el lector comprenda el marco regulatorio y las diferentes posturas existentes.

De este modo, el primer epígrafe examina a la obra de arte aplicado desde la perspectiva del derecho de autor. Para ello, se explican los requisitos exigidos para que la creación sea efectivamente considerada una obra amparada. Así, se busca identificar el alcance y los límites de su protección. Posteriormente, el segundo epígrafe parte de esos límites para presentar el debate existente sobre si estas obras deben gozar de una protección separada o acumulada. Esto permite abordar las implicaciones que una protección acumulada puede generar frente a los usos legalmente autorizados por uno de los regímenes aplicables cuando estos mismos están restringidos por otro.

Finalmente, el tercer apartado desarrolla cómo la propiedad industrial permite ampliar la protección con la que cuentan las obras de arte aplicado al conceder derechos sobre sus aspectos útiles. Así pues, se diferencia las distintas funciones que pueden cumplir este tipo de obras para identificar cuándo debe acudir al sistema de signos distintivos o al sistema de nuevas creaciones. Además, se explican los requisitos que estos dos sistemas exigen a este tipo de obras para que opere la protección, así como las distintas categorías bajo las que esta puede darse.

De conformidad con lo indicado hasta aquí, el carácter funcional de las obras de arte aplicado queda por fuera del ámbito de protección del derecho de autor. Por esta razón, debe acudir a otra normatividad que permita ampliarlo para que el titular cuente con un derecho exclusivo sobre los aspectos útiles de su obra. Sin embargo, se discute si esta protección puede ser complementaria o sustitutiva a la reconocida por el derecho de autor, dadas las complicaciones que una protección acumulada puede llegar a representar. En todo caso, la propiedad industrial constituye la rama de la propiedad intelectual con la capacidad de amparar los aspectos funcionales de las obras de arte aplicado, ya sea por medio del sistema de signos distintivos o por el de nuevas creaciones.

II. LA OBRA DE ARTE APLICADO EN EL DERECHO DE AUTOR

La obra es el objeto de protección del derecho de autor y debe cumplir con los requisitos de originalidad, creación intelectual y –según la legislación– fijación. Esta es categorizada dependiendo de la forma que su autor utilice

para expresarla, ya sea como obra artística, musical, programa de ordenador, literaria, etc. Y si bien no se trata de una lista cerrada, la división es relevante por cuanto algunos derechos y formas de explotación sólo se reconocen a categorías específicas, teniendo incidencia en el alcance de su protección. Es ahí donde cobra importancia definir a la obra de arte aplicado por cuanto cumple con las mismas características de las obras de arte pero el alcance de sus derechos no es necesariamente el mismo. De este modo, en el presente epígrafe se busca identificar el alcance de la protección que el derecho de autor le confiere a este tipo de obra, así como los límites que esta protección representa.

1. LA OBRA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

La obra es el objeto de protección del derecho de autor y “abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”⁵. Ello obedece a que las ideas y los hechos son libres y no pueden ser apropiados de forma exclusiva, mientras que la obra como expresión de la idea o los hechos sí puede llegar a serlo. Así, para diferenciarla de otras creaciones del intelecto que no ostentan dicha calidad, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) las define como “todas las creaciones originales intelectuales expresadas en una forma reproducible”⁶. En consecuencia, una creación que pretenda estar amparada por el derecho de autor deberá cumplir con los requisitos de originalidad, creación intelectual y –dependiendo del país– fijación. Sólo de ser así, es posible reconocer derechos exclusivos a su titular.

1.1. Originalidad

De los tres requisitos señalados, la originalidad es el más importante en cuanto constituye “lo que convierte a objetos o materiales comunes en una expresión del intelecto”⁷. Ésta se caracteriza por contar dos facetas: una subjetiva derivada del propio autor y otra objetiva en relación con las demás obras. Y si bien cada una de estas facetas puede hacer parte de la obra en una mayor o menor medida, la tendencia internacional es a exigir que ambas estén presentes en la obra.

5. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de 1994. Artículo 9.

6. BOYTHA, Glosario OMPI. *Op. cit.*

7. GUZMÁN, Diego. *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 37.

La originalidad subjetiva puede ser percibida en la obra como aquello “que el autor pone de sí al combinar notas, colores, palabras volúmenes o imágenes que, en conjunto, llevan su sello”⁸. El profesor Ernesto Rengifo García la define recogiendo la teoría planteada por la Suprema Corte francesa al señalar que “el trabajo debe reflejar un esfuerzo intelectual”⁹. Así, el carácter subjetivo de la originalidad constituye una manifestación de su conocimiento, experiencia y criterio, en la creación de la obra.

Por su parte, la originalidad objetiva es descrita por el Glosario OMPI que considera original a la obra que el autor no haya copiado de otra en su totalidad o en sus elementos principales¹⁰. “Constituye entonces un criterio relativo por cuanto le da el carácter de original a la obra, pero en relación a todas las obras existentes. Este criterio tiene la ventaja de emplear factores objetivos para determinar la originalidad de una obra ... [, pero] falla en cuanto quedarían amparadas obras sólo por su carácter único”¹¹. De ahí que se critique acudir únicamente a este criterio de originalidad pues quedarían protegidas creaciones por el simple “sudor de la frente” que implica producirlas.

De otro lado, el criterio de originalidad debe ser diferenciado de conceptos como la novedad que contempla el régimen de nuevas creaciones de la propiedad industrial. “La novedad es un elemento intrínseco al concepto de invención, comoquiera que implica la creación de algo que hasta ese momento no existía”¹². En este sentido, no admite la existencia de invenciones anteriores semejantes, para reconocer un derecho exclusivo sobre la invención. En cambio, la originalidad sí admite la existencia de dos obras con características comunes pues “el que dos obras se inspiren en un mismo tema no quiere decir que la obra no sea original”¹³. Lo que importa es que no se trate de una copia

8. SATANOWSKY, Isidro. *Derecho Intelectual*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1954. p. 167.
9. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1996, 1997. p. 82.
10. “En relación con una obra, la originalidad significa que ésta es una creación propia del autor, y no copiada de otra obra en su totalidad o en una parte esencial. En la legislación de derecho de autor se exige originalidad en la composición del contenido y en la forma de su expresión, pero no en cuanto a las meras ideas, información o métodos incorporados a la obra. La originalidad no ha de confundirse con la novedad; la preexistencia de una obra similar, desconocida para el autor, no afecta a la originalidad de una creación independiente. En el caso de una obra derivada, la originalidad radica en el método particular de adaptación de la obra preexistente”. BOYTHA, Glosario OMPI. *Op. cit.*, voz 171, p. 181.
11. GUZMÁN, *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. *Op. cit.* p. 40.
12. DÍAZ VERA, Lina María y RENGIFO GARCÍA. *Novedad. Derecho de Patentes*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 139-200. p. 142.
13. ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *Obra Plástica y Derechos de Autor*. Madrid: Editorial Reus, S.A., 2000. p. 85.

de la otra. En palabras del profesor Antequera, “lo novedoso es lo desconocido, mientras que lo original es lo ‘individual’, lo que sólo implica una manera particular de expresar la realidad o la ficción”¹⁴. Por ello, el derecho de autor admite la existencia de obras semejantes en sus rasgos, pero individuales entre ellas.

1.2. Creación Intelectual o humana

La doctrina ha asimilado el concepto de creación intelectual a algo que solamente puede llevar a cabo un ser humano. Ello obedece a que “[l]as personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas, constituyen acciones que solo pueden ser realizadas por seres humanos”¹⁵. Por esta razón, se considera que la creación es una actividad intelectual estrictamente humana. Así pues, la creación de un obra amparada por el derecho de autor es una actividad intelectual privativa de las personas.

No obstante lo anterior, los desarrollos tecnológicos basados en inteligencia artificial han cuestionado la afirmación anterior. Este tipo de tecnología se define como “el conjunto de cualidades informáticas que presentan características similares a la de la inteligencia humana que permiten resolver una serie de problemas por medio de la percepción, el entendimiento, el aprendizaje, el razonamiento, etcétera”¹⁶. En consecuencia, los criterios para atribuir únicamente a los seres humanos la creación intelectual, pierden cada vez más su validez.

En todo caso, la posición mayoritaria actual es la de mantener a la humanidad como centro de la protección de las obras por el derecho de autor. A modo de ejemplo, Reino Unido cuenta con una provisión legal en el artículo 9(3) de su Ley de Derechos de Autor, en la cual señala que “[e]n el caso de una obra literaria, dramática, musical o artística generada por computador, se tomará por autor a la persona que se haya encargado de los arreglos necesarios para la creación de la obra”¹⁷. De este modo, se optó por asignar la autoría al ser humano que haya dotado de originalidad a la obra.

Por su parte, la posición estadounidense sobre este tema se ha centrado en seguir las pautas de su Oficina de Derechos de Autor que tradicionalmente ha mantenido la autoría de las obras en las personas. Así lo reafirmó el Juez

14. ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor, análisis de jurisprudencia comparada*. Op. cit. p. 483.

15. LIPSZYC, Delia. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. París, Bogotá, Buenos Aires: UNESCO, CERLALC, Zavalia, 1993, 2006. p.123.

16. RÍOS RUIZ, Wilson R. *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC'S)*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, Editorial Temis, 2011. p. 348.

17. Traducción del autor.

William H. Orrick del Distrito Norte de California al pronunciarse sobre el caso de la *Selfie* del Mono (*Monkey-selfie*) en donde se analizó si una macaco hembra ostentaba legitimación por activa para iniciar una acción por infracción de derechos de autor. Al respecto, el Juez Orrick señaló que “[l]a Corte Suprema y el Noveno Circuito se han referido repetidamente a ‘personas’ o ‘seres humanos’ al analizar la autoría bajo la Ley”¹⁸. Asimismo, “destacó que la Oficina estadounidense de Derecho de Autor considera a las obras producidas por animales como no protegibles”¹⁹. En consecuencia, aplicando esta perspectiva a las creaciones de la Inteligencia Artificial se tendría que mantener el factor humano como requisito para la protección de las obras.

1.3. Fijación

Teniendo en cuenta que el derecho de autor no protege los hechos ni las ideas sino la forma en que estas son expresadas por el autor, la fijación parece una característica implícita de las obras. No obstante, de los tres requisitos derivados de la definición de la OMPI, esta es la única que presenta discrepancias a nivel internacional. Esto obedece a que el numeral 2 del artículo 2.º del Convenio de Berna permite a los países miembros establecer por legislación interna, si la fijación de la obra es requisito para que sea amparada por el derecho de autor. “En general, los países del *common law* –como los Estados Unidos e Inglaterra– requieren de fijación, mientras que los países del *civil law* –incluyendo Francia, España y Suiza– no lo hacen”²⁰. Por su parte, en países como los miembros de la Comunidad Andina (CAN)²¹ sólo se exige que sea susceptible de ser fijada.

2. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN CONFERIDA A LA OBRA POR EL DERECHO DE AUTOR

De conformidad con lo señalado en el punto anterior, sólo las creaciones que cumplen con esos tres requisitos son reconocidas como obras y amparadas por el derecho de autor. Sólo a estas se les reconocen dos categorías de derechos desde el momento de su creación. La primera, los derechos morales que amparan la relación personal entre el autor y su obra. La segunda, los

18. NARUTO v. Slater, N.º 15-cv-04324-WHO (N.D. Cal. Jan. 28, 2016). Traducción del autor.

19. GUZMÁN, *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte. Op. cit.* p. 48.

20. CARPENTER, Megan y HETCHER, Steven. Function over Form: Bringing the Fixation Requirement into the Modern Era. *Fordham Law Review*. 2014. vol. 5, n.º 82 p. 2258. Traducción del autor.

21. Conformada actualmente por Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia.

derechos patrimoniales que permiten la explotación económica de la misma. Estos derechos no sólo constituyen el contenido del derecho de autor sino que fijan el alcance del mismo en cuanto este no es absoluto. De ahí que algunos usos de las obras no constituyan actos de infracción.

El artículo 9 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) delimita el objeto de protección del derecho de autor al señalar que “[l]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas”. Es decir, que el amparo se concede sobre esa forma de expresión dotada de originalidad por su autor mientras que la idea representada en la obra permanece en el dominio público. Bajo este mismo argumento quedan excluidos los hechos, así como todo aquello que carezca de originalidad.

De acuerdo con lo anterior, lo original delimita el alcance de la protección conferida por el derecho de autor. Por esta razón, cuando se crea una obra derivada se le reconocen “a su titular derechos de autor autónomos respecto de la obra originaria. Sin embargo, el alcance de estos derechos va a depender de los elementos que sean identificados como aportes originales distintos de la obra originaria”²². Así las cosas, aquello sobre lo cual no recaiga originalidad puede permanecer en el dominio público o pertenecerle al titular de la obra originaria en la cual se basa la obra derivada.

Ahora bien, a aquello sobre lo cual se extiende el amparo del derecho de autor es a lo que se le reconocen derechos morales y patrimoniales. Esto son entonces la forma en que este derecho exclusivo y excluyente puede ser ejercido. Los derechos morales son inalienables e imprescriptibles. De ahí que permanezcan siempre en cabeza del autor y no sean susceptibles de ser cedidos a terceros. Así lo dispone el artículo 6 *bis* del Convenio de Berna al señalar que “[i]ndependientemente 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”. Se reconocen entonces el derecho a la reivindicación de la paternidad de la obra y el de integridad. Adicionalmente, muchos países han reconocido además el derecho a mantener la obra inédita, el retracto (o arrepentimiento) y la modificación, como derechos morales adicionales.

Por su parte, los derechos patrimoniales sí pueden ser objeto de transferencia y enajenación. A diferencia de los morales, “[l]os derechos patrimoniales son oponibles a todas las personas (*erga omnes*), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al

22. GUZMÁN, *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte. Op. cit.* p. 97.

derecho de autor”²³. Y si bien no se trata de una lista cerrada de derechos, en términos generales son los derechos de reproducción, comunicación pública, distribución, transformación, puesta a disposición y alquiler. Todos ellos están contemplados en los distintos tratados internacionales y legislaciones locales de derechos de autor y son objeto de cesiones y licencias de uso.

Existe un último derecho conocido como el derecho de seguimiento el cual sólo se reconoce sobre las obras plásticas y permite a los autores y sus herederos recibir un porcentaje del precio de la venta, realizada por profesionales, de las obras de arte. Es considerado entonces “un tipo de derecho híbrido porque le confiere al autor de una obra de arte original, el derecho a una parte del precio de reventa de su obra y, por lo tanto, es de carácter económico; sin embargo, es inalienable e irrenunciable y, por lo tanto, posee cualidades de derechos morales”²⁴. En todo caso, “no hay que confundir su carácter irrenunciable con su posible naturaleza moral porque su contenido es exclusivamente crematístico”²⁵. Debe entenderse entonces que constituye una forma adicional de explotación económica y por ello constituye un derecho patrimonial que sólo se reconoce sobre las obras artísticas.

Ahora bien, cada uno de estos derechos se caracteriza por referirse a un uso directo de la propia obra y no de las ideas que esta representa. Este concepto ha sido aclarado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en un caso donde se analizó si el titular de derechos de autor sobre un libro que explicaba un método de contabilidad, podía impedir que terceros aplicaran el método o elaboraran los libros contables descritos en él. Al respecto, la Corte señaló que

Charles Selden, mediante sus libros, explicó y describió un sistema peculiar de contabilidad, e ilustró su método por medio de líneas regladas y columnas en blanco, con títulos adecuados en una página o en páginas sucesivas. Ahora bien, si bien nadie tiene derecho a imprimir o publicar su libro, o cualquier parte material del mismo, como un libro destinado a transmitir instrucción en el arte, cualquier persona puede practicar y usar el arte mismo que ha descrito e ilustrado en él. El uso del arte es algo totalmente diferente a una publicación del libro que lo explica. Los derechos de autor de un libro sobre libros contables no pueden garantizar el derecho exclusivo de hacer, vender y utilizar libros contables preparados según el plan establecido en dicho libro. Que el arte haya podido o no ser patentado, es una cuestión que no tenemos ante nosotros. No

23. VEGA, Alfredo. *Manual de Derecho de Autor*. Bogotá D. C.: Dirección Nacional de Derecho de Autor (2010). p. 35.
24. ROSENMEIER, Morten, et al. *EU Copyright Law: Subsistence, Exploitation and Protection of Rights*. Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Kluwer Law International BV, 2019. p. 69. Traducción del autor.
25. VICENTE DOMINGO, Elena. *El droit de suite de los artistas plásticos*. Madrid: Editorial Reus, 2007. p. 74.

fue patentado y está abierto y es gratuito para el uso del público. Y, por supuesto, al usar el arte, las líneas regladas y los encabezados de las cuentas deben usarse necesariamente como incidentes a él²⁶.

En el mismo sentido, el artículo 7 de la Decisión Andina 351 de 1993 que establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para los países miembros de la CAN, señala de forma expresa que se protege la forma de expresión pero se excluye “las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”. De este modo, es claro que el titular de una obra de arte aplicado puede autorizar y prohibir que se produzcan ejemplares de esta, pero no que la función ejecutada por su obra sea incorporada en la de un tercero. Es decir, que así el alcance del derecho de autor reconocido a su titular le permite ejercer sus derechos morales y patrimoniales sobre aquello que dotó de originalidad, esto no le confiere un derecho exclusivo sobre la función que la obra pueda cumplir. Este tipo de protección le correspondería entonces a la propiedad industrial que sí contempla este tipo de derecho exclusivo.

3. OBRA PLÁSTICA Y OBRA DE ARTE APLICADO

Entre las distintas creaciones que reúnen los requisitos de originalidad, creación intelectual y fijación, la obra plástica o artística se diferencia por la importancia que ostenta su soporte material. Esto tiene una incidencia directa en la forma como esta puede ser explotada, al punto de reconocérsele derechos con los que ninguna otra obra cuenta. De la misma manera, actos realizados sobre su soporte material pueden constituir una infracción al derecho de autor, mientras que realizarlos sobre ejemplares de cualquier otro tipo de obra no representarían ilícito alguno. En lo que respecta a la obra de arte aplicado, su soporte físico puede llegar a tener la misma importancia, pero no es claro si cuenta con la misma protección. Países como Estados Unidos y España las diferencian al limitar exclusivamente para las obras artísticas derechos como el de seguimiento, mientras que muchos otros omiten pronunciarse al respecto. Por esta razón, es necesario aclarar la diferencia entre ambos tipos de obras para determinar el alcance de su protección.

3.1. Particularidades de la obra artística

Para el derecho de autor, “un bien inmaterial (*corpus mysticum*), ...se exterioriza a través de su incorporación en un soporte físico (*corpus mechanicum*), pero

26. Baker v. Selden, 101 U.S. 99, 25 L. Ed. 841, 11 S. Ct. 99 (1880). p. 104.

que se trata de dos bienes diferentes, siendo el primero el objeto del derecho de autor, cuya protección es independiente de la propiedad del soporte material que contiene la obra”²⁷. De hecho, en términos generales, “[l]os derechos de propiedad intelectual son llamados ‘intelectuales’ dado que los objetos protegidos no son cosas físicas”²⁸. Sin embargo, la obra de arte se diferencia de todos los demás tipos de propiedad intelectual en cuanto su soporte material puede llegar a tener casi la misma relevancia que su aspecto inmaterial. De ahí que su regulación sea distinta a la de las demás obras.

Las diferencias entre la obra artística y las demás categorías se derivan entonces de la relevancia de su soporte material. Esto obedece a que “las obras de arte, como realizaciones de forma, no pueden existir sin elementos materiales que se usan para expresarla, fijarla y exteriorizarla; pero la obra en sí misma es distinta, y en sentido eminentemente jurídico, independiente de dichos elementos”²⁹. Por lo tanto, el trato legalmente diferenciado para estas obras se caracteriza por la forma en que se puede infringir el derecho moral de integridad y el reconocimiento del derecho de seguimiento.

En principio, a toda obra se le reconocen dos categorías de derechos desde su creación y constituyen el contenido y alcance del derecho de autor. Por un lado, los derechos patrimoniales que protegen la explotación económica de la obra. Por el otro, los derechos morales que amparan la relación personal entre esta y el autor. El derecho a la integridad forma parte de esta última categoría y busca impedir que la obra sea modificada al punto de afectar el buen nombre del autor o la reputación de la misma. Y si bien se trata de un acto de infracción del que puede ser objeto cualquier otra obra, “[e]n aquellas con múltiples soportes –como las literarias y las musicales– el dueño de un ejemplar puede rayarlo, recortarlo y hasta destruirlo, sin que ello afecte a la obra y sus demás ejemplares”³⁰. En contraste, “en el caso de obras de arte, el carácter único o limitado de su soporte material exige un nivel de cuidado adicional en la medida que su deterioro físico sí la afecta en su aspecto inmaterial”³¹. Ello obedece a que modificar ese único ejemplar que incorpora la obra artística se refleja en la forma como la obra, como bien inmaterial, es percibida. Por tal

27. ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor, análisis de jurisprudencia comparada*. Op. cit. p. 487.

28. ROSENMEIER, et al., *EU Copyright Law: Subsistence, Exploitation and Protection of Rights*. Op. cit. pp. 1-2. Traducción del autor.

29. VI Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor). (1991: México). Ámbito de protección del Derecho de Autor: La obra plástica: Dirección General de Derechos de Autor de la SEP / Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

30. GUZMÁN, *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Op. cit. p. 74.

31. *Ibíd.*

razón, incluso el *Copyright* estadounidense que no confiere derechos morales a todas las obras, sí ampara con el derecho a la integridad a las artísticas como muestra de la importancia que ostenta su medio de expresión.

En igual sentido, ese carácter único o limitado de la obra artística dio origen al derecho de seguimiento o *droit de suite*. Este se fundamenta en la dificultad histórica de explotar las obras artísticas como un bien intangible, del mismo modo que puede recaudarse el pago de regalías por la comunicación pública de una obra musical o la reproducción de una obra literaria. “Por la propia naturaleza de las pinturas y esculturas, su reproducción y comunicación al público por medio de copias o reproducciones del original es muy remota, salvo excepciones de aquellas obras particularmente famosas y casi siempre ya en el dominio público”³². De ahí la necesidad de reconocerlo sólo a favor de los autores de obras plásticas y sus herederos.

3.2. Diferencia entre la obra de arte aplicado y la obra artística

El estar amparada por el régimen de derecho de autor significa que la obra de arte aplicado cumple con los requisitos de originalidad, creación intelectual y fijación. Asimismo, que cuenta con los mismos derechos de cualquier otra obra. Aun así, la protección que este régimen de propiedad intelectual confiere a las obras no es la misma para todas, por cuanto reconoce el derecho de seguimiento sólo a las obras de arte. Adicionalmente, la posibilidad que tiene cada Estado de regular de manera especial a las obras de arte aplicado permite a cada país incluso discriminarla en comparación con las demás categorías de obra. Definir esto resulta fundamental para comprender el grado de protección que le reconoce el derecho de autor en cada país.

La obra de arte aplicado forma parte de la lista que el Convenio de Berna hace en su artículo 2.1., de las creaciones comprendidas por el concepto de obra literaria y artística. Esta es a su vez definida por el Glosario de la OMPI de Derechos de Autor y Derechos Conexos como “una obra artística aplicada a objetos de uso práctico, bien sean obras de artesanía u obras producidas a escala industrial”³³. Por esta razón, se ha concluido que “[e]ste género de obras tiene por su forma de expresión un carácter artístico, pero su destino es de utilización industrial”³⁴. Ello ha llevado a que se asimile el soporte material

32. PEREDA MIRABAL, Ana María. El *Droit de Suite* en la legislación autoral cubana: un reclamo de los artistas de obras plásticas. *Anuario iberoamericano de Derecho del Arte* 2019. Pamplona, España: Fundación Profesor Uría, Thomson Reuters (Legal) Limited, Civitas 2020, pp. 329-415. p. 333.

33. BOYTHA, Glosario OMPI. *Op. cit.* p. 15.

34. ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor, análisis de jurisprudencia comparada*. *Op. cit.* p. 8.

de dicha forma de expresión a la obra de arte y su funcionalidad a la propiedad industrial.

De conformidad con lo anterior, el equiparar el soporte material de la obra de arte aplicado al de la obra plástica debería, en principio, concederles los mismos derechos y formas de explotación. No obstante, el artículo 2.7. del Convenio de Berna permite una regulación especial o diferenciada al reservar “a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de regular lo concerniente a las obras de artes aplicadas..., así como lo relativo a los requisitos de protección de estas obras”. De ahí que no exista un criterio internacionalmente unificado respecto de los requisitos y alcance de su protección, permitiendo no sólo que se les dé un trato distinto al que recibe cualquier otra obra y no sólo la artística.

En lo que tiene que ver con la diferenciación frente a las obras en general, en algunas legislaciones se le exige a las obras de arte aplicado que cumplan con requisitos más estrictos de los requeridos para otras obras. Para la Unión Europea, en “algunos países, incluidos Alemania y los países nórdicos, la norma general ha sido proteger las obras de arte aplicado únicamente si las obras reflejan un alto y evidente grado de originalidad”³⁵. Sobre esto, el profesor Otero Lastres señala que para determinar si la creación cumple con este requisito “el ‘umbral’ está situado en que la obra haga visible que es el resultado de una buena concepción intelectual y de una buena ejecución material por parte de su autor”³⁶. Así, el propio autor tendría la carga de probar que la obra efectivamente cumple con dicho requerimiento para ampararla por el derecho de autor.

La posición europea contrasta con la empleada en el continente americano “según la cual la originalidad se presume y quien la niegue debe probarla, a menos que la ausencia de originalidad sea evidente o surja de la propia naturaleza de las cosas”³⁷. De este modo, la originalidad sólo exige “que el trabajo fue creado independientemente por el autor (a diferencia de lo copiado de otros trabajos), y que posee al menos algún grado mínimo de creatividad”³⁸. En consecuencia, teniendo en cuenta que la originalidad se presume para cualquier tipo de obra, la obra de arte aplicado sólo requiere demostrar un mínimo de creatividad para hacerse acreedora de la protección por el derecho de autor³⁹.

35. ROSENMEIER, et al., *EU Copyright Law: Subsistence, Exploitation and Protection of Rights*. *Op. cit.* p. 43. Traducción del autor.

36. OTERO LASTRES, José Manuel. El grado de creatividad y de originalidad requerido al diseño artístico. *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*. 2005, n.º 19. p. 33.

37. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. El Arte Aplicado a la Industria. *Propiedad Intelectual*. 2006. vol. V, n.º 8-9. p. 84.

38. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113 L. Ed. 2d 358 (1991). p. 345.

39. Esta posición es criticada por los autores en cuanto consideran que “[s]i se admite un criterio débil de originalidad, en el sentido de considerar original la creación propia

Esta misma heterogeneidad de criterios acerca de la protección de la obra de arte aplicado se observa respecto de su equiparación con la obra artística. Por ello, de algunos ordenamientos se puede interpretar que se trata de dos categorías distintas por cuanto se les atribuyen derechos diferentes. En la legislación estadounidense, la §101 de la *Copyright Act* expresamente excluye a las obras de arte aplicado del concepto de obra de arte visual. Debido a ello, a este tipo de obras no las ampara el *Visual Arts Rights Act* (VARA) que reconoce los derechos morales de paternidad e integridad solamente para este tipo de obras.

De manera similar a la estadounidense, la legislación mexicana excluye expresamente a las obras de arte aplicado del derecho de seguimiento en el artículo 92 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996. En el mismo sentido, la Comisión Permanente del Consejo de Estado español, en el dictamen emitido con referencia al Anteproyecto de Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, por la que se incorpora la Directiva 2001/184/CE, del Parlamento y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, indicó que en los antecedentes legislativos sobre el derecho de seguimiento se había excluido expresamente a las obras de arte aplicado.

Contrario a los casos señalados, la legislación china contempla apenas ocho categorías dentro de las cuales debe incluirse a todas las obras. Por esta razón, “las obras de arte aplicado tanto de chinos como de extranjeros... se califican como obras de bellas artes para su protección en la práctica china”⁴⁰. Ello permite que sí gocen de los mismos derechos de las obras artísticas.

III. SEPARABILIDAD Y UNIDAD DE OBRA

Existen dos posiciones sobre la posibilidad de conferir a la obra de arte aplicado una protección acumulada entre el derecho de autor y la propiedad industrial. La primera, admite que le sean aplicados ambos regímenes

del autor (lo no copiado), prácticamente cualquier diseño industrial podría acceder a la protección acumulada del derecho de autor, banalizando con ello la propia protección que ofrece la legislación de diseño industrial y creando obstáculos a la innovación subsiguiente en el campo de las formas industriales, ya que el carácter absoluto del derecho de autor permitiría ampliar el monopolio jurídico sobre la creación mucho más allá de la protección ofrecida por el diseño industrial”. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria. *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*. 2017, n.º 55. p. 32.

40. FENG, Shujie. The protection of works of applied art in China: a critical study of the current practice and preview of its development. *European Intellectual Property Review*. 2019. vol. 41, n.º 9. p. 565. Traducción del autor.

simultáneamente. La segunda, plantea que la protección simultánea sólo es posible cuando ambos aspectos pueden existir por separado, pues de lo contrario el régimen aplicable debe ser uno sólo. Esta divergencia puede ser interpretada como una consecuencia –o incluso fundamento– de la libertad en que el Convenio de Berna deja a cada país para regular este tipo de obras. De ahí que las legislaciones latinoamericanas no sólo se dividan entre ambos criterios sino que en algunos casos hayan cambiado de un criterio al otro.

1. UNIDAD DEL ARTE EN EUROPA

La acumulación absoluta entre la protección que confiere el derecho de autor y la que reconoce la propiedad industrial es denominada por la doctrina como la unidad del arte. Según esta postura,

no es posible discriminar expresiones artísticas por el hecho de estar incorporadas en un artículo utilitario (un objeto o producto industrial) ni distinguirlas cabalmente entre los diseños (dibujos o modelos) que pueden resultar merecedores o no de protección por medio del derecho de autor, bastando con que el diseño sea una creación original (propia de su autor; que no sea una copia) para ser reconocido como obra de arte y obtener la protección que ofrece el derecho de autor independientemente de su mayor o menor mérito artístico⁴¹.

Por lo tanto, la protección que brinda cada rama de la propiedad intelectual se da de manera simultánea sobre la obra de arte aplicado.

El concepto de unidad del arte tiene origen en la Ley francesa de 14 de julio de 1.909 sobre dibujos y modelos industriales. En ella

triunfó definitivamente la “teoría de la unidad del arte” y con ella el sistema de la acumulación absoluta, al disponer en su artículo 1.º: “Todo creador de un dibujo o modelo y sus causahabientes tiene el derecho exclusivo de explotar, vender o hacer vender este dibujo o modelo en las condiciones previstas por la presente ley, sin perjuicio de los derechos que les correspondan por otras disposiciones legales y, especialmente, por la Ley de 1924 de julio de 1.793 modificada por la ley de 11 de marzo de 1.902”⁴².

Se estableció así la protección de los ahora denominados diseños industriales, sin que ello afectara los derechos que les confiriera otra legislación como la del derecho de autor.

41. CARBAJO CASCÓN, Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria. *Op. cit.* p. 31.

42. OTERO LASTRES, José Manuel. El grado de creatividad y de originalidad requerido al diseño artístico. *Ibíd.* 2005, n.º 19. p. 13.

Actualmente, la doctrina se ha apartado de la acumulación absoluta francesa. Se habla entonces de la acumulación restringida según la cual “el simple diseño no puede ser considerado una obra artística original o, lo que es lo mismo, un producto intelectual de alguna importancia en las bellas artes, debido a la inventiva de su autor”. Por lo tanto, la acumulación restringida aclara que si bien toda obra puede estar amparada por la propiedad industrial, no toda propiedad industrial está protegida por el derecho de autor en la medida que debe cumplir con el umbral de originalidad establecido para este tipo de obras.

Esta posición fue reiterada por el Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) en el caso Cofemel, al analizar los requisitos para que el derecho de autor ampare prendas de vestir. Al respecto, señaló que el hecho de encontrar algo visualmente estético no es suficiente para alcanzar ese umbral de originalidad. Debe tenerse en cuenta que “cuando la realización de un objeto ha venido determinada por consideraciones técnicas, reglas u otras exigencias que no han dejado espacio al ejercicio de la libertad creativa, no puede considerarse que dicho objeto tenga la originalidad necesaria para constituir una obra”⁴³.

No obstante lo anterior, en un fallo posterior el TJUE aclaró que posible reconocer originalidad incluso cuando el aspecto estético del objeto está determinado por esas consideraciones técnicas requeridas para su funcionalidad. Señaló entonces que esto es posible

cuando ese producto constituye una obra original resultante de una creación intelectual, ya que, por medio de esa forma, su autor expresa su capacidad creativa de manera original adoptando decisiones libres y creativas de modo que la citada forma refleja su personalidad, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional teniendo en cuenta la totalidad de los elementos pertinentes del litigio principal⁴⁴.

Por lo tanto, la posición europea actual mantiene el umbral de originalidad que una obra de arte aplicado requiere cumplir para gozar de protección por el derecho de autor. Sin embargo, es coherente con su posición de protección acumulada en cuanto no impide que se reconozca este grado de originalidad incluso cuando el aporte del autor está ligado a las consideraciones técnicas del objeto.

43. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Asunto C-683/17, caso Cofemel. 12 de septiembre de 2019.

44. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Asunto C-833/18, caso Brompton Bicycle. 11 de junio de 2020.

2. DOCTRINA ESTADOUNIDENSE DE LA SEPARABILIDAD EN LOS OBJETOS ÚTILES

La doctrina estadounidense de objetos útiles busca proteger a las obras de arte aplicado sin que se diluya la división entre el derecho de autor y la propiedad industrial. “En particular, los académicos enfatizan que los inventores no deben abusar del derecho de autor como estrategia para obtener una ‘patente encubierta’ sobre su invención, ya que dicho abuso daría lugar a un derecho exclusivo significativamente más largo con un estándar mucho más bajo para recibir protección”⁴⁵. De ahí la necesidad de fijar criterios para identificar a las creaciones que sí son susceptibles de gozar de una protección conjunta por ambos regímenes de propiedad intelectual.

Para alcanzar esto, se analiza “[s]i un elemento del diseño no se puede separar física o conceptualmente de la utilidad del artículo, [pues de ser así] quedará fuera del alcance de la protección de los derechos de autor”⁴⁶. De esta manera, esta doctrina permite determinar si los aspectos ornamentales de la obra de arte aplicado corresponden al aporte original de su autor y no dependen de una necesidad funcional para que el objeto pueda cumplir con su propósito útil. En tal caso, la protección tendría que ser dada exclusivamente por la propiedad industrial.

De conformidad con lo anterior, existen dos test a los que se debe acudir para determinar si aplica esta doble protección. El primero es el de separación física que consiste en identificar si es materialmente posible dividir el elemento artístico del útil. Cuando esto no es así, es necesario recurrir a un test de separación conceptual.

El test de separación conceptual fue de difícil aplicación por muchos años por cuanto cada circuito judicial de los Estados Unidos aplicaba uno distinto. Sólo fue estandarizado a partir del año 2017 cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos examinó el tema con referencia la posible protección por el derecho de autor de unos uniformes de porristas (cheerleaders). Sostuvo entonces que es posible amparar por derecho de autor el aspecto artístico de una obra de arte aplicado cuando este “(1) puede percibirse como una obra de arte bidimensional o tridimensional separada del artículo útil y (2) calificaría como una obra pictórica, gráfica o escultórica que se puede proteger, ya sea por sí sola o fijada en algún otro medio de expresión tangible, si se imaginara por separado del artículo útil

45. CHATTERJEE, Mala. Conceptual Separability as Conceivability: A Philosophical Analysis of the Useful Articles Doctrine. *NYUL Rev.* 2018. vol. 93. p. 563. Traducción del autor.

46. *Ibíd.* p. 563. Traducción del autor.

en el que se incorpora”⁴⁷. Gracias a ello, existe ahora un estándar claro que facilita a los jueces tomar decisiones más homogéneas sobre estas obras.

3. AUSENCIA DE UNIFORMIDAD EN AMÉRICA LATINA

La libertad en la que el Convenio de Berna deja a cada país para regular a la obra de arte aplicado, permite que los países latinoamericanos adopten cualquiera de los dos criterios. Por eso entre los mismos países de la CAN no existe una posición uniforme sobre el tema. En todo caso, todas estas legislaciones parten de la posibilidad de reconocerles la protección acumulada, lo que ha mantenido una armonía en la forma de ejercer los derechos sobre estas obras.

El principio de protección conjunta por el derecho de autor y la propiedad industrial es adoptado por las distintas legislaciones latinoamericanas analizadas. Así, el inciso final del artículo 3 de la Ley N.º 1.328 de 1998, de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Paraguay, señala que las obras “pueden calificar, igualmente, por otros regímenes de protección de propiedad intelectual, tales como patentes, marcas, datos reservados sobre procesos industriales u otro sistema análogo”. En igual sentido, el artículo 4.a. del Decreto Legislativo N.º 1391 de 2018 de Perú, admite expresamente la compatibilidad del derecho de autor con “[l]os derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra”. Ello permite a ambos países que la decisión de adoptar una u otra postura no esté limitada por la ley, sino que pueda ser escogida a partir de criterios jurisprudenciales o de política económica.

La posibilidad de reconocer una protección acumulada también es posible de acuerdo con la legislación de Colombia, Ecuador y Chile pero con una salvedad. Todas ellas exigen además que el valor artístico de la obra de arte aplicado pueda ser separado del carácter industrial del objeto al que se encuentra incorporado. De hecho, el caso ecuatoriano es el resultado de una reforma a su Ley N.º 390 de Propiedad Intelectual de 1998, donde su artículo 8.j. establecía la protección a estas obras “aunque su valor artístico no pueda ser dissociado del carácter industrial de los objetos a los cuales estén incorporadas”. Actualmente, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación de 2016, establece en su artículo 104.10. la protección a estas obras “en la medida en que su valor artístico pueda ser dissociado del carácter industrial de los objetos a los cuales estén incorporadas”. En consecuencia, su nueva legislación adopta el criterio de separabilidad.

El criterio de separabilidad fue aplicado por el Consejo de Estado colombiano al resolver una acción de nulidad y restablecimiento en contra de los actos administrativos proferidos por la Dirección Nacional de Derecho de

47. *Star Athletica, LLC v. Varsity Brands*, 137 S. Ct. 1002, 580 U.S., 197 L. Ed. 2d 354 (2017).

Autor (DNDA), por medio de los cuales negó el registro del contrato de cesión de derechos de autor de la obra artística utilizada como marca de la bebida Cola & Pola. El Consejo aclaró que de conformidad con el inciso 3.º del artículo 6 de la Ley 23 de 1982, “bien pueden coexistir la protección de una obra a través del derecho de autor y la protección de la misma por las normas que regulan la propiedad industrial, pero siempre y cuando el valor artístico de la obra pueda ser separado del carácter industrial del objeto para el cual se aplica”. Agregó entonces que

no es posible separar su contenido artístico del carácter industrial del objeto en el que se aplica. En efecto, las figuras que aparecen en la obra, como lo afirma el apoderado de la actora, caracterizan a la compañía e identifican los productos de ésta. De tal manera que cualquier persona que observe la obra, necesariamente la relaciona con un producto de la cervecería Bavaria S.A., llámese refajo o simplemente cerveza⁴⁸.

Así las cosas, al aplicar el criterio de separabilidad se determinó que el retirar a la etiqueta su valor artístico le haría perder su capacidad de identificar productos como signo distintivo. Por esa razón, esta no podía estar amparada por el derecho de autor sino por la propiedad industrial.

No obstante, la sentencia del Consejo de Estado colombiano ha sido criticada por autores como Antequera Parilli al señalar que la Decisión Andina 351 de 1993, que regula el derecho de autor a nivel de la CAN, “protege a la obra de arte aplicado a secas, sin otro requisito o condición”⁴⁹. En consecuencia, la norma local que le impone requisitos adicionales tendría que estar suspendida. De ahí que decisiones posteriores del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) reconozcan la doble protección sin necesidad de analizar la separabilidad de los derechos.

En este sentido, en un caso donde se analizó la infracción de derechos de autor por emplear la obra titulada UEFA EUROPA LEAGUE, utilizada por su titular como un signo distintivo, el TJCA indicó que “si el objeto UEFA EUROPA LEAGUE reúne las características de una obra protegible por el derecho de autor, o de una marca protegible por el derecho de propiedad industrial, bajo el esquema normativo de propiedad intelectual comunitario andino es perfectamente viable su protección en los diferentes niveles planteados”⁵⁰. En igual

48. COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Expediente n.º 2925., Sentencia del 3 de febrero de 1995. Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

49. ANTEQUERA PARILLI. *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor, análisis de jurisprudencia comparada*. p. 18.

50. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 200-IP-2014, Obra: UEFA Europa League. Magistrada Ponente: Leonor Perdomo Perdomo.

sentido, analizando el rechazo realizado por la Oficina de Marcas y Patentes colombiana de la solicitud de cambio parcial de modalidad de patente a un diseño industrial, el TJCA explicó que

Si el objeto presentado reúne tanto las características para ser protegido como patente de invención, modelo de utilidad, signo distintivo (marca, lema comercial, nombre comercial, etc.), derecho de autor u otras modalidades y esquemas de protección, bajo el esquema normativo de propiedad intelectual comunitario andino es perfectamente viable su protección en los diferentes niveles planteados. Es muy importante tener en cuenta que para que se dé la protección adecuada se deben cumplir los requisitos sustanciales y procesales pertinentes, es decir, cumplir con las características propias de cada figura y, si es del caso, cumplir con los trámites de concesión o registro⁵¹.

Por consiguiente, la discusión a nivel andino debe girar en torno a determinar si el criterio de separabilidad debe ser considerado contrario a la Decisión Andina 351 de 1993. De ser así, las normas locales que lo establecen para los países miembros de la CAN tendrían que quedar suspendidas. Sin embargo, debe tenerse presente que este criterio no es contrario a la acumulación de derechos que plantea la unidad de arte. Lo que busca es que no se abuse del derecho de autor como estrategia para amparar una propiedad industrial, ya sea para extender la duración del derecho o para proteger una creación que no cumple con los requisitos exigidos para que se les conceda un derecho de propiedad industrial. Asimismo, es una forma de establecer un criterio medianamente objetivo para determinar si el valor artístico de la obra de arte aplicado obedece al aporte de originalidad de su autor o si este depende de las necesidades funcionales requeridas por el objeto para operar.

IV. PROPIEDAD INDUSTRIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS ASPECTOS FUNCIONALES DE LA OBRA DE ARTE

El alcance del derecho de autor se limita a los derechos morales y patrimoniales que atribuye al titular de la obra y excluye el uso o funcionalidad que estas puedan tener. Por ello, dado que las obras de arte aplicado incorporan un elemento artístico y otro funcional, este último requiere ser protegido por el régimen de propiedad industrial. Con este propósito, distintas legislaciones reconocen la posibilidad de acumular ambos derechos en un mismo objeto pero para ello es fundamental “que se reúnan los respectivos requisitos existenciales, es decir, la forma de expresión artística y la apariencia especial a un

51. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 115-IP-2011, Diseño industrial Envase flexible con escudete. Magistrada Ponente: José Vicente Troya Jaramillo.

producto”⁵². Por lo tanto, tal como se indicó en el primer epígrafe, el derecho de autor sobre la obra nace por el sólo hecho de su creación, en la medida que se trate de una creación intelectual original susceptible de ser fijada. En contraste, en lo que respecta a la propiedad industrial, el derecho surge en virtud de un acto administrativo emanado de la oficina de marcas y patentes local, que tiene un carácter constitutivo del derecho y requiere del cumplimiento de una serie de requisitos específicos de parte del objeto a ser protegido. Teniendo todo esto en cuenta, en el presente apartado se explican las generalidades del régimen de propiedad industrial que lo diferencian del derecho de autor. Posteriormente, se analiza cómo los sistemas de nuevas creaciones y signos distintivos permiten amparar el aspecto utilitario de las obras de arte aplicado.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

La humanidad en general se beneficia del acceso a la cultura, los desarrollos tecnológicos y de los estándares de calidad en productos y servicios. De ahí que la propiedad intelectual confiera derechos exclusivos para su titular, en reconocimiento a la creatividad del autor, la innovación del inventor o el éxito comercial del empresario. De este modo, se espera que estos incentivos estimulen la innovación y contribuyan al progreso cultural, tecnológico y comercial de los países. No obstante, estos derechos exclusivos no se dan en los mismos términos para los distintos tipos de bienes inmateriales dado que su alcance dependerá del propósito que se busca con cada uno. De ahí que internacionalmente se haya acordado que estos deban tener requisitos, duración y alcance diferente.

1.1. Registro constitutivo del derecho

A diferencia del derecho de autor, en la propiedad industrial el derecho debe ser solicitado a una autoridad y otorgado por medio de un registro. Ello implica que debe hacerse un examen para verificar el cumplimiento de los requisitos sustanciales y que no se infrinjan derechos de terceros. Esto puede constituir el primer obstáculo para una protección acumulada en la obra de arte aplicado en cuanto la ausencia de este registro le impediría quedar amparado por este régimen.

El Convenio de Berna establece en su numeral 2 del artículo 5 que el reconocimiento del derecho de autor “no estará ... subordinado ... a ninguna formalidad”. Por esta razón, el derecho nace a partir del momento de creación

52. ANTEQUERA PARILLI. *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor, análisis de jurisprudencia comparada*. p. 13.

de la obra. Incluso en el caso estadounidense, contrario a la creencia popular, el registro tampoco es constitutivo del derecho sino un requisito procesal para iniciar acciones por infracción. “[S]in embargo, en algunos países latinoamericanos –Argentina, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay– aún se mantiene el registro constitutivo del derecho”⁵³.

En contraste, para la propiedad industrial el derecho exclusivo sí surge a partir del registro ante la oficina de marcas y patentes local. Es decir, “existe una protección en función del registro, teniendo éste un carácter atributivo o constitutivo de los derechos de propiedad intelectual”⁵⁴. Para ello, el interesado debe presentar una solicitud de registro donde incluya la información del intangible del cual se quiere solicitar el derecho; la del titular⁵⁵ y del inventor (para el caso de una nueva creación)⁵⁶; y los demás documentos que le sean solicitados expresamente para el trámite específico. Pasa entonces a un trámite administrativo en el cual un examinador verifica que la solicitud cumpla con todos los requisitos de forma y fondo. Además, cualquier tercero que considere tener un derecho susceptible de verse afectado por la concesión de dicho registro, puede presentar una oposición y hacerse parte dentro del trámite. Así, una vez agotado esto y no habiéndose hallado razones para lo contrario, se concede el registro de la propiedad industrial.

De acuerdo con lo anterior, es importante tener presente que todo objeto de carácter artístico que además cuente con una funcionalidad y cumpla con los requisitos de originalidad, creación intelectual y fijación, será considerado una obra de arte aplicado amparada por el derecho de autor a partir de su creación. Sin embargo, para que a esta protección le pueda ser acumulado un derecho de propiedad industrial, es necesario que se agote el trámite correspondiente ante la oficina de marcas y patentes para obtener el registro que así se lo atribuya. Por lo tanto, una obra de arte aplicado sólo contará con una protección acumulada entre el derecho de autor y la propiedad industrial cuando cumpla con todos los trámites requeridos para ello.

1.2. Territorialidad

La propiedad intelectual se rige por principios comunes a nivel internacional. Ello se originó desde finales del siglo XIX cuando inició un proceso

53. LIPSZYC, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Op. cit. p. 53.

54. MONROY, Juan Carlos. El modo de adquisición originario de los derechos de propiedad intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2003, n.º 6. p. 105.

55. Un caso excepcional es el de Estados Unidos en cuanto al régimen marcario debido a que el derecho se puede adquirir por el uso sin ser necesario obtener un registro.

56. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883). Artículo 4 ter. Patentes: mención del inventor en la patente.

El inventor tiene el derecho de ser mencionado como tal en la patente.

de internacionalización de estos regímenes, del cual resultaron el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Convenio de París) en 1883 y el Convenio de Berna en 1886. De este modo, la actualización, evolución y el complemento de ambos tratados, permitió su homogeneización internacional. Posteriormente, esta internacionalización fue recogida por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) de 1994 que estableció unas pautas comunes para ser incorporadas y desarrolladas por las legislaciones nacionales de los países miembros de estos tratados. Sin embargo, la internacionalización de la propiedad intelectual no implica que los derechos conferidos por la propiedad industrial tengan el carácter extraterritorial que sí tienen los derechos de autor.

El Convenio de Berna establece en su artículo 5 el principio de trato nacional. Este exige que a los nacionales de un Estado miembro se les aplique el mismo régimen jurídico que a los nacionales del país donde se busca la protección. Esto “no significa, como se interpreta a veces, que el autor goza de la misma protección en el extranjero que en su país”⁵⁷. La protección que se le reconoce al extranjero es exactamente la misma con la que cuenta un nacional. Igualmente, este principio se complementa por el principio de país de origen. Este garantiza que “cualquier autor o titular de derechos puede beneficiarse de los derechos otorgados por una convención internacional, incluso si no es nacional de un estado miembro de la convención internacional”⁵⁸. Así pues, para que una obra de arte aplicado goce de protección internacional por el derecho de autor, sólo requiere que su autor sea nacional de un Estado miembro de Berna o que sea publicada por primera vez en uno de ellos cuando el autor no pertenece a uno.

De acuerdo con lo anterior, el trato nacional permite que la obra de arte aplicado quede amparada internacionalmente por el derecho de autor por el sólo hecho de su creación. Esto se debe a que en ninguno de los países miembros del Convenio de Berna se exigen trámites adicionales para ello. En consecuencia, los requisitos que debe cumplir para ser considerada una obra amprada por este régimen de propiedad intelectual, son suficientes para extender su protección hacia otros países que establecen los mismos criterios.

Por su parte, el artículo 2 del Convenio de París también contempla el principio de trato nacional para la propiedad industrial. Sin embargo, en virtud de este principio, tanto a nacionales como a extranjeros se les exige el cumplimiento de los mismos trámite y requisitos para la obtención de un derecho de

57. NORDEMAN, Axel, A Berne and Beyond: Understanding International Conventions Relating to Copyright Law. *Journal of the Copyright Society of the USA*. 2011. vol. 59 p. 269. Traducción del autor.

58. *Ibíd.* p. 268. Traducción del autor.

este tipo. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en el derecho de autor, la protección de la obra de arte aplicado por parte de la propiedad industrial debe ser solicitada ante cada oficina de marcas y patentes local, teniendo efectos únicamente para el país donde se solicita.

No obstante lo anterior, existen intentos por lograr sistemas de propiedad industrial unificados. A nivel regional, se ha creado la marca comunitaria en la Unión Europea, la cual “[c]omprende la concesión de un único registro marcario que provee una protección uniforme y homogénea, cuya vigencia se extiende a todo el territorio de la Unión siempre que no existan obstáculos regionales”⁵⁹. Se trata entonces de una marca registrada para todos los países miembros de la Comunidad Europea y sólo para estos países. Asimismo, existe la denominada Patente Europea que consiste en la realización de un único trámite regional que permite obtener un derecho para cada una de los países donde se otorga.

Además de los casos anteriores, los países miembros del Protocolo de Madrid y del Tratado de Cooperación en Patentes (PCT por su sigla en inglés), cuentan con un procedimiento para solicitar registros en los demás países miembros, pero por medio de una única solicitud radicada en un país base que también sea miembro. De este modo se ahorran costos como los de traducciones aunque siga siendo necesario pagar la tasa correspondiente a cada país para obtener el registro en cada uno. Así, el titular de una obra de arte aplicado puede aprovechar los distintos tratados internacionales para solicitar la protección de su derecho de propiedad industrial.

2. NUEVAS CREACIONES

El régimen de nuevas creaciones busca proteger a las invenciones y diseños por medio de distintas categorías que reflejan su capacidad innovadora frente a lo que hasta entonces existía. Para ello, se exige que cumplan en alguna medida con los criterios de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial. Esto se debe a que “las invenciones son nuevas soluciones a problemas técnicos, y los diseños industriales son creaciones estéticas que determinan la apariencia de los productos industriales”⁶⁰. Por lo tanto, las patentes de invención, las patentes de modelo de utilidad y los esquemas de trazados de circuitos

59. VELASCO ORDÓÑEZ, Pablo. El uso como elemento dinamizador de los sistemas de protección marcaria. *El Nuevo Derecho de Marcas: perspectiva en Colombia, Estados y Unión Europea*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016. pp. 51-52.

60. STAFF, WIPO y WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Introduction to Intellectual Property, Theory and Practice*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Kluwer Law International, 2017. p. 7.

integrados, buscan reconocer un derecho exclusivo sobre esa solución funcional. Por su parte, la exclusividad que conceden los diseños industriales se limita a su apariencia. De acuerdo con ello, la protección del aspecto funcional de una obra de arte aplicado debe buscarse a través de las primeras tres categorías para que complemente la protección que el derecho de autor le reconoce a su aspecto artístico.

2.1. Categorías de nuevas creaciones compatibles con la obra de arte aplicado

No todas las categorías de nuevas creaciones conceden los mismos derechos. Por esta razón, a cada una se le exige el cumplimiento de los criterios de patentabilidad en distinta medida. Así pues, aprobar los tres criterios de patentabilidad –novedad, nivel inventivo y aplicación industrial– sólo es exigido para las patentes y los modelos de utilidad, aunque para estos últimos se requiere de un menor grado de nivel inventivo. Por su parte, a los diseños industriales sólo se les exige ser novedosos mientras que los esquemas de trazados de circuitos tienen como único requisito la originalidad, tal como la establece el derecho de autor. Estas diferencias se ven reflejadas a su vez en el alcance de la protección en cuanto sólo algunas de las nuevas creaciones tendrían la capacidad de proteger el aspecto funcional de una obra de arte aplicado.

A. Patentes de invención

No existe una definición sustancial de patente de invención que sea internacionalmente reconocida. La definición atiende más a un criterio formal en cuanto se refiera al documento oficial constitutivo de un derecho exclusivo y excluyente que se le reconoce a una invención por cumplir con los criterios de novedad, altura inventiva y aplicación industrial. Se trata entonces de un “certificado expedido por el Estado que le atribuye a un inventor, el derecho a excluir por un período limitado, a cambio de la divulgación de la invención, para que otros puedan beneficiarse de la invención”⁶¹. Por lo tanto, una patente de invención es ese documento que da constancia del derecho para el territorio de la oficina que lo confiere por un término de 20 años.

De otra parte, de conformidad con el artículo 28 del Acuerdo sobre los ADPIC, la patente de invención puede proteger un producto o un procedimiento. En este sentido, en principio serían patentables tanto las obras plásticas bi o tridimensionales, como los performances donde se realice un procedimiento que

61. *Ibíd.* p. 158. Traducción del autor.

resuelva algún problema técnico. No obstante, el performance se compone tradicionalmente por “actividades cotidianas familiares de personas en sociedades industrializadas, ... presentadas de una forma poco sofisticada y teatral, con objetos cotidianos usados como utilería”⁶². Esto impediría la concesión de una patente en cuanto no pasaría el examen de nivel inventivo y probablemente tampoco el de novedad. Por lo tanto, para que una obra pueda aspirar a ser patentada es necesario que cumpla con estos estándares.

De acuerdo con esto, para que a una obra de arte aplicado le pueda ser concedida una patente, es necesario que su aspecto funcional sea considerado una invención que cumpla con los tres requisitos de patentabilidad. Asimismo, “debe referirse a una invención que funciona o, como se establece en algunos países, la invención debe poder ser ‘puesta en práctica’”⁶³. Sólo así podría hablarse de una protección acumulada.

B. Patentes de modelo de utilidad

A diferencia de lo que ocurre con las patentes de invención, sí existe una definición sustancial de las patentes de modelo de utilidad. A modo de ejemplo, el artículo 81 de la Decisión Andina 486 de 2000 las define como “toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía”. De esta definición se destaca la exclusión de los procedimientos por cuanto se trata de una lista cerrada. También, la duración del derecho que concede es menor al de la patente, siendo en este caso sólo de 10 años.

La razón para que las patentes de modelo de utilidad cuenten con una lista cerrada de invenciones que pueden ser amparadas por esta, obedece a que exigen menores requisitos que las patentes de invención. En efecto, “el progreso tecnológico requerido es menor que el progreso tecnológico (‘altura inventiva’) requerido en el caso de una invención para la que se dispone de una patente de invención”⁶⁴. Por lo tanto, se busca que no haya un

62. GROH, KLAUS. Performance Art: What Is It? *Leonardo*. 1981. vol. 14, n.º 1. p. 37. Traducción del autor.

63. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OMPI. Manual de la OMPI de redacción de solicitudes de patente. Serie sobre la gestión de activos intangibles. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI (2007). p. 7.

64. STAFF y ORGANIZATION, *Introduction to Intellectual Property, Theory and Practice*. Op. cit. p. 197. Traducción del autor.

aprovechamiento del análisis de nivel inventiva reducido para obtener un derecho exclusivo sobre una invención.

Teniendo esto presente, es probable que para una obra de arte aplicado sea más fácil obtener una patente de modelo de utilidad que una patente de invención. Para ello, la obra podría ser una nueva forma de algo existente, pero que constituya una mejora, ventaja o efecto técnico que antes no tenía. En todo caso, esta modificación debe ser novedosa.

C. *Esquema de trazado de circuitos integrados*

El esquema de trazado de circuitos integrados está conformado por un circuito integrado que desarrolla una función electrónica y por un esquema de trazado (o topografía) específico, a través del cual los circuitos se conectan entre sí. “Dado que los diseñadores de circuitos integrados generalmente buscan colocar tantos transistores en el menor espacio posible, las topografías de diseño se han vuelto cada vez más complicadas”⁶⁵. Es por esta razón que esa disposición específica es protegida como una categoría de la propiedad industrial.

El régimen internacional de protección de estos esquemas fue establecido por el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados de 1989 (IPIC por sus siglas en inglés). No obstante, el tratado en sí entró en vigor a partir de 1995, cuando el Acuerdo sobre los ADPIC lo incorporó en su artículo 35. En todo caso, el IPIC establece las siguientes definiciones en su artículo 2:

- i) se entenderá por “circuito integrado” un producto, en su forma final o en una forma intermedia, en el que los elementos, de los cuales uno por lo menos sea un elemento activo, y alguna o todas las interconexiones, formen parte integrante del cuerpo y/o de la superficie de una pieza de material y que esté destinado a realizar una función electrónica,
- ii) se entenderá por “esquema de trazado (topografía)” la disposición tridimensional, expresada en cualquier forma, de los elementos, de los cuales uno por lo menos sea un elemento activo, y de alguna o todas las interconexiones de un circuito integrado, o dicha disposición tridimensional preparada para un circuito integrado destinado a ser fabricado.

De conformidad con lo anterior, los circuitos integrados constituyen el aspecto funcional de estas creaciones en cuanto “son elementos que llevan a

65. FUERCH, MICHAEL. Dreadful Policing: Are the Semiconductor Industry Giants Content with Yesterday's International Protection for Integrated Circuits. *Richmond Journal of Law and Technology*. 2009. vol. 16, n.º 2. pp. 3-4. Traducción del autor.

cabo una función eminentemente electrónica y dentro de los cuales se utilizan componentes de material semiconductor, generalmente silicio, germanio o arseniuro de galio, por lo que es normal equipararlos a los semiconductores”⁶⁶. Por su parte, su apariencia es determinada por el esquema de trazado el cual “involucra un esfuerzo intelectual que requiere no sólo un equipo de expertos armados de computadores que guardan ciertos elementos normalizados, sino además una inversión cuantiosa en su desarrollo”⁶⁷. En virtud de esta doble característica, el artículo 4 del IPIC deja libertad a los países para lo incluyan dentro de cualquiera de los distintos regímenes de la propiedad intelectual o incluso como un régimen *sui generis*.

La tendencia internacional ha sido la de crear un régimen especial de protección de los esquemas de trazados. No obstante, en la CAN este derecho *sui generis* ha sido incluido dentro del régimen de nuevas creaciones de la propiedad industrial. En todo caso, se diferencia de las demás categorías de nuevas creaciones en cuanto sólo se le exige cumplir con el requisito de originalidad para que el titular pueda solicitar la protección mediante su registro, según lo establece el artículo 3.2 del IPIC. Asimismo, de conformidad con el artículo 36 del Acuerdo sobre los ADPIC, esta creación confiere a su titular la facultad de impedir “la importación, venta o distribución de otro modo con fines comerciales de un esquema de trazado protegido, un circuito integrado en el que esté incorporado un esquema de trazado protegido o un artículo que incorpore un circuito integrado de esa índole sólo en la medida en que éste siga conteniendo un esquema de trazado ilícitamente reproducido”.

En lo que respecta a las obras de arte, esta categoría de nueva creación permitiría la protección tanto del aspecto artístico como de la funcionalidad, específicamente de las obras de arte de nuevos medios. Esta “disciplina de arte y tecnología engloba aquellas actividades que, como sucede con el arte electrónico, el arte robótico y el arte genómico, aprovechan nuevas tecnologías no necesariamente aplicables a la comunicación”⁶⁸. Por lo tanto, un circuito integrado que desarrolla una función electrónica puede contar con una apariencia que no sólo esté delimitada por la necesidad de poner un alto número de transistores en el menor espacio posible. Esta puede ser el resultado de decisiones intencionales que incorporen el esfuerzo intelectual del autor y además hagan del esquema algo distinto de los demás, cumpliendo con el requisito de originalidad que exigen tanto el régimen de esquemas de trazados de circuitos integrados como el de derecho de autor.

66. RÍOS, Wilson. *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC'S)*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, Editorial Temis, 2011. p. 534.

67. *Ibíd.* p. 535.

68. TRIBE, Mark y REENA Jana. *Arte y Nuevas Tecnologías*. Barcelona: Taschen, 2006. p. 7.

D. Diseños industriales

Los diseños industriales han sido tradicionalmente asociados con la obra de arte aplicado en cuanto buscan proteger la apariencia de los objetos industriales así como el derecho de autor ampara el aspecto artístico. Por esta razón, no se le exige que cumpla con requisitos como la altura inventiva ni la aplicación industrial. Sin embargo, dado que el alcance del derecho reconocido por este intangible no abarca la funcionalidad, los derechos que reconoce resultan más limitados que los ofrecidos por el derecho de autor.

Las distintas normas nacionales y regionales que regulan los diseños industriales, definen a esta categoría de propiedad industrial como la apariencia de un producto como resultado de una combinación de líneas, colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional. “La expresión ‘apariencia’ es algo confusa y parece estar restringida a las características tangibles de un diseño, y parece no incluir aspectos como el sabor, el sonido, el aroma y lo que se conoce como ‘*look and feel*’ de un diseño”⁶⁹. Puede en todo caso tratarse de la apariencia del producto completo o de una parte de él.

Así mismo, la protección del diseño industrial debe aprobar el criterio de novedad. De hecho, el artículo 25.1 del acuerdo sobre los ADPIC permite a los países que el criterio a ser evaluado sea el de originalidad, tal como ocurre en del derecho de autor. Aun así, la tendencia internacional es establecer la novedad y no la originalidad como requisito para el registro constitutivo del derecho exclusivo⁷⁰.

De conformidad con lo anterior, la definición de diseño industrial excluye la funcionalidad del objeto del ámbito de protección del diseño industrial. De hecho, normas como el artículo 8 del Reglamento (CE) N.º 6/2002 del Consejo de la Unión Europea, del 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, y el artículo 113 de la Decisión Andina 486 de 2000, expresamente excluyen a los productos cuya apariencia esté dictadas exclusivamente por la función técnica que cumplen. “Esto se debe a la funcionalidad que protege el sistema de patentes a través de modelos

69. STOOP, Rutger, et al. *Industrial Design Rights: Europe. Industrial design rights: An international perspective*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV 2020, pp. 125-143. p. 129.

70. Así lo establecen el Reglamento (CE) N.º 6/2002 y la Decisión Andina 486 de 200 al señalar respectivamente:

“Artículo 4. Requisitos de protección.

1. El dibujo o modelo será protegido como dibujo o modelo comunitario si es nuevo y posee carácter singular.

(...)”.

“Artículo 115.— Serán registrables diseños industriales que sean nuevos.

(...)”.

de utilidad”⁷¹. Por lo tanto, para proteger el aspecto funcional de los diseños industriales, estos objetos “deberían pasar por las exigencias de examen propias de las invenciones, para alcanzar un derecho exclusivo (patente o modelo de utilidad)”⁷². De lo contrario, se corre el riesgo de conceder un derecho exclusivo sobre una invención que carezca de la altura inventiva que se le exigiría para acceder a una patente o modelo de utilidad.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia europea ha resaltado la dificultad para establecer si el diseño de un objeto es dictado exclusivamente por la función técnica que cumple. Así, en el caso de la bicicleta Brompton donde se alegó la protección al diseño por parte del derecho de autor, el TJUE analizó si la apariencia de una “bicicleta resulta necesaria para la obtención de un determinado resultado técnico, a saber, la aptitud de esa bicicleta para adoptar tres posiciones, una de las cuales le permite mantenerse en equilibrio en el suelo”⁷³. Al respecto, concluyó que sí es posible reconocer como una obra artística amparada por esta rama de la propiedad intelectual a “un producto cuya forma es, al menos parcialmente, necesaria para la obtención de un resultado técnico cuando ese producto constituye una obra original resultante de una creación intelectual”⁷⁴.

De ahí que no exista un único criterio para diferenciar la apariencia de la función en un objeto que pretende ser registrado como diseño industrial. Tradicionalmente, la jurisprudencia europea ha acudido al criterio de “multiplicidad de formas posibles: para que se mantenga la exclusión, debe ser la única forma capaz de ejercer esta función técnica”⁷⁵. Este permitía hacer la diferenciación sólo con demostrar que existe otra alternativa de diseño para cumplir con la misma función utilitaria del objeto. Sin embargo, al analizar la posible infracción del diseño industrial de unos pernos de cerámica, el TJUE ha planteó la posibilidad de acudir a criterios adicionales al señalar que “el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias objetivas pertinentes de cada caso”⁷⁶. Para ello, debe tener en cuenta

el dibujo o modelo de que se trate, las circunstancias objetivas que muestren los motivos que presidieron la elección de las características de la apariencia del

71. SALAS P., Brenda. Legal Protection of Sustainable Design in Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2020, n.º 30 p. 83 Traducción del autor.

72. SEMPERE MASA, Iván. La protección de las formas por modelo de utilidad. *Protección jurídica de las creaciones de forma, protección concurrente y protección acumulada*. Quito: Latitud Cero Editores 2018, pp. 259-283. pp. 277-278.

73. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Asunto C-833/18, caso Brompton Bicycle. 11 de junio de 2020.

74. *Ibíd.*

75. STOOP, et al., Industrial Design Rights: Europe. *Op. cit.* p. 149. Traducción del autor.

76. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Asunto TJUE C-395/16, caso Doceram. 8 de marzo de 2018.

producto en cuestión, los datos relativos a su utilización o incluso la existencia de dibujos o modelos alternativos que permitan realizar la misma función técnica, siempre que estas circunstancias, estos datos o esa existencia se sustenten en pruebas fiables.

Por lo tanto, la jurisprudencia europea admite la dificultad de diferenciar la apariencia de un objeto útil de la función que cumple. Por ello, plantea la necesidad del juez de revisar cada caso, analizando todos los factores que pueden incidir en la decisión del diseñador al crear su diseño.

Ahora bien, resulta evidente de la presente explicación que el ámbito de protección concedido por el diseño industrial no abarca la funcionalidad de los objetos y, por ello, tampoco sirve para proteger el aspecto funcional de la obra de arte aplicado. De hecho, los derechos que esta categoría de la propiedad industrial confiere a su titular, son reducidos en comparación con los proporcionados por el derecho de autor. Por un lado, únicamente reconoce el derecho exclusivo para su fabricación, oferta, puesta en el mercado, importación, exportación o utilización del producto donde se encuentre incorporado y su almacenamiento. Por el otro, su término de protección es inferior en cuanto se trata de sólo 10 años. Por lo tanto, buscar la protección de la obra de arte aplicado por el sistema de diseños industriales sólo sería conveniente cuando sea difícil demostrar su originalidad.

2.2. Criterios de patentabilidad

Los criterios de patentabilidad tienen “un origen internacional, marcado por el interés de las grandes compañías farmacéuticas de lograr la armonización internacional de las normas de patentes, para asegurar la protección y explotación de sus invenciones en el mundo”⁷⁷. Este impulso permitió que en 1994 se alcanzara finalmente una legislación estandarizada para todos los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) al incorporar en el artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC, que las patentes se concederán “siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”. Esto tiene un efecto positivo para la protección de las obras de arte aplicado por parte del sistema de patentes en cuanto el cumplimiento de los requisitos en un país le permitiría, al menos en principio, obtener la protección en todos los demás donde así lo solicite.

77. DÍAZ VERA, Lina María. *Criterios de patentabilidad y derecho de la competencia: comparación entre la legislación estadounidense y la colombiana desde la perspectiva de la biotecnología*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 74.

A. *Novedad*

De los tres criterios de patentabilidad, la novedad constituye el requisito más importante de las nuevas creaciones. Tanto así, que es el único exigido para todas sus categorías. “Una patente será novedosa si no se encuentra dentro del estado del arte vigente al momento de solicitar la protección ante la oficina nacional competente de su registro, reconocimiento o concesión”⁷⁸. Ello significa que la nueva creación no puede formar parte del conocimiento al cual tenga acceso el examinador al momento de hacer el examen de patentabilidad o implicaría que la invención no es nueva. Del mismo modo, un diseño industrial sólo puede ser protegido si no ha sido divulgado antes por otra persona.

Al hablar de novedad se hace referencia al estado del arte o estado de la técnica. Este se conforma por “toda información que haya sido divulgada o accesible al público por cualquier medio antes de la presentación de la solicitud de patentes”⁷⁹. Es decir que la fecha de solicitud marca un punto a partir del cual la oficina de patentes debe revisar, hacia atrás, si existe información sobre la patente.

De acuerdo con lo anterior, “para que una solicitud de patente de invención sea negada por novedad se requiere que el antecedente citado describa de manera suficiente y autónoma (en un solo documento) la invención que se pretende proteger”⁸⁰. Se hace entonces un examen objetivo en cuánto “su análisis no se realiza conforme al conocimiento de una persona experta en la ciencia a la que se refiere la invención..., sino con fundamento en documentos o conocimientos científicos existentes”⁸¹. Estos documentos pueden ser objetivamente analizados por cualquier individuo. Por esta razón, para determinar si una nueva creación forma parte del conocimiento, se acude a cualquier medio donde pueda encontrarse dicha información, como las patentes previamente solicitadas y las publicaciones científicas o académicas que se refieran al tema. Incluso, puede perderse la novedad cuando el propio inventor divulga su creación antes de presentar la solicitud de patente⁸².

78. DÍAZ VERA y RENGIFO GARCÍA. *Novedad*. pp. 143-144.

79. MACHADO BELTRAN, MANUEL, et al. *Análisis de la Normatividad de Países Suramericanos Relacionada con los Derechos de Propiedad Intelectual Aplicables a Medicamentos*. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2019, n.º 28. p. 17.

80. GUERRERO GAITÁN, Manuel. *Nivel Inventivo*. *Derecho de Patentes*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 201-247. p. 205.

81. DÍAZ VERA, Lina María y RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Novedad*. *Ibid.* pp. 139-200. p. 144.

82. Distintas legislaciones ofrecen un periodo de gracia de un año dentro del cual la divulgación no será tenida en cuenta, siempre y cuando ésta se invoque y provenga del inventor o su causahabiente; una oficina nacional competente que, en contravención de la norma que rige la materia, publique el contenido de la solicitud de patente

Este examen de novedad no tiene restricciones sobre el tipo de fuentes de donde pueden ser identificadas anterioridades que afecten el estado del arte de una creación. De hecho, obras artísticas han logrado hacerlo al describir procesos de los cuales se solicita posteriormente una patente. Fue el caso de una historieta del Pato Donald de 1949, que en 1964 fue incorporada al estado del arte para impedirle al inventor danés Karl Krøyer obtener una patente sobre el procedimiento empleado para levantar el carguero hundido Al-Kuwait desde el fondo del Golfo Pérsico. Para ello, el inventor bombeó millones de perdigones huecos hacia el navío a través de un tubo. Por su parte, en la obra del dibujante de Disney Carl Barks, se “muestra a Donald y sus sobrinos Huey, Dewey y Louie llenando el yate hundido de su tío Scrooge con pelotas de ping pong para subirlo a la superficie. Krøyer intentó patentar su ingenioso método en los Países Bajos, pero su solicitud fue rechazada porque el método ya había sido divulgado en la historieta”⁸³. Para el examinador, “Donald se enfrentaba al mismo problema que enfrentó el inventor Carl Krøyer en la vida real. En este sentido, la caricatura seguramente era razonablemente pertinente al problema que enfrentaba Krøyer”⁸⁴.

“The Sunken Yacht”, 1949 Walt Disney Corporation

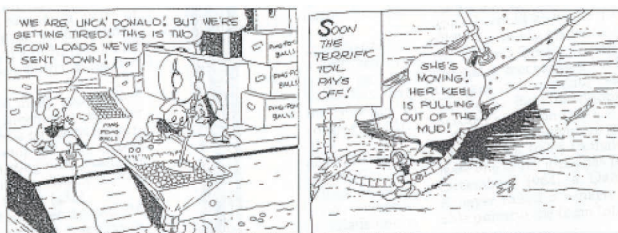
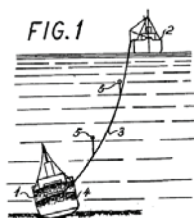


Figure 1 of Krøyer's patent



presentada; o, un tercero que hubiese obtenido la información directa o indirectamente del inventor o su causahabiente.

83. BREAN, Daniel H. Keeping Time Machines and Teleporters in the Public Domain: Fiction as Prior Art for Patent Examination. *Pittsburgh Journal Of Technology Law & Policy*. 2006. vol. 7, n.º Fall 2006/Spring 2007. p. 3.
84. *Ibid.* p. 16.

De esta manera, la diferencia entre la novedad y la originalidad resulta evidente. La novedad “se refiere a lo desconocido no divulgado propio de los sistemas de propiedad industrial”⁸⁵. Se trata entonces de un criterio estricto y objetivo que impide la concesión de un derecho exclusivo cuando exista antes una solución técnica semejante a la que se pretende patentar. Para ello, no importa si esa anterioridad corresponde a una invención patentada, un artículo científico o una historieta para niños. En contraste, la originalidad sí admite la existencia de obras semejantes pues con frecuencia se inspiran en las mismas ideas o constituyen adaptaciones o transformaciones de una obra anterior. Por esta razón, para que una obra de arte aplicado sea novedosa y pueda estar amparada tanto por el derecho de autor como por el régimen de nuevas creaciones, su aporte de originalidad necesariamente tendría que ser sustancial para diferenciarse de lo que hasta ahora exista.

B. *Altura inventiva*

El segundo criterio para determinar si una nueva creación puede ser patentada es la altura inventiva. Esta busca asegurarse que la innovación cuya exclusividad se pretende, constituya un avance que agregue valor y no resulte trivial o evidente. “Si este resulta evidente no es necesario llegar al grado de tener que ofrecer protección vía patente para estimular su producción”⁸⁶. Por esta razón, se analiza la invención a partir del estado de la técnica, el experto medio en la materia y la no obviedad.

El estado de la técnica que se examina en la altura inventiva puede entenderse como sinónimo del estado del arte analizado en la novedad por cuanto “su utilización difiere según si se está en el estadio de análisis del requisito de la novedad o en el de nivel inventivo”⁸⁷. En todo caso, aprobar el examen de novedad significa que la invención no existe con anterioridad a la solicitud. Cuando esto es así, debe igual revisarse si a partir del conocimiento que conforma el estado de la técnica identificado, resultaría evidente para un experto la solución técnica que propone la invención.

De acuerdo con lo anterior, la altura inventiva debe ser evaluada desde la perspectiva del experto medio, denominado en inglés *person having ordinary skill in the art* (PHOSITA). Esta es una persona hipotética con conocimientos

85. PAYÁN RODRÍGUEZ, Carlos Felipe. Las obras literarias y artísticas o cualquier obra protegida por el Derecho de autor. *Derecho de Patentes*, Bogotá. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia 2016.

86. RENGIFO, Andrés. *Propiedad intelectual*. Razón y justificación de las patentes. *Derecho de Patentes*. Bogotá DC: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 59-105.

87. GUERRERO GAITÁN, Manuel. Nivel Inventivo. *Ibid.* Bogotá D.C., pp. 201-247.

ordinarios en la técnica específica de la invención analizada, a partir de una formación técnica adecuada y experiencia práctica. Es descrito por la doctrina como alguien con conocimientos y habilidades “ordinarios” en cuanto se “busca excluir al ‘mejor’ experto que se pueda encontrar. Se pretende que la persona se limite a alguien que tenga el nivel promedio de habilidad alcanzado en el campo en el país en cuestión”⁸⁸. A partir de este personaje hipotético se infiere si la invención habría sido obvia para cualquiera con dichos conocimientos.

Ahora bien, en lo que respecta a la obra de arte aplicado, debe tenerse presente que con el régimen de nuevas creaciones se busca amparar su aspecto funcional y no el artístico. Por lo tanto, el tipo de experto medio que debe tenerse en cuenta para determinar si la obra aprueba el examen de altura inventiva, no debe ser un experto en artes plásticas sino una persona conocedora de la solución técnica que esta resuelve. Sólo este tipo de individuo estaría en la capacidad de definir si la invención resulta obvia, con independencia de su carácter artístico.

Por su parte, al examinar la no obviedad dentro del nivel inventivo, se indaga si la invención “no va más allá del progreso de la tecnología, sino que sigue simplemente o de forma lógica el progreso normal de la técnica”⁸⁹. Para ello, se tiene en cuenta si la invención está conformada por objetos no novedosos pero con una combinación o materiales particular que sí podría tener altura inventiva. “Para que la actividad inventiva sea destruida, es necesario que no sólo la combinación, sino también la elección de los elementos combinados, sea obvia”⁹⁰. De este modo, una obra de arte aplicado puede llegar a superar esta parte del examen de patentabilidad cuando su aspecto funcional constituya un valor agregado al conocimiento actual, ya sea por ser absolutamente nuevo o por integrar una combinación novedosa de elementos que no resultaba evidente para el experto.

Debe resaltarse que el análisis requerido para examinar este criterio es de carácter subjetivo, a diferencia de lo que ocurre con la novedad. Por esta razón, es considerado el criterio de patentabilidad que más controversias genera respecto de la patentabilidad de las invención.

C. *Aplicación industrial*

La aplicación industrial está contemplada por numeral 1 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC como el tercer criterio de patentabilidad. Con él,

88. STAFF y ORGANIZATION, *Introduction to Intellectual Property, Theory and Practice*. Op. cit. p. 161. Traducción del autor.

89. Guía para Examen de Solicitudes de Patentes de Invención y Modelo de Utilidad. Bogotá D.C.: Superintendencia de Industria y Comercio., 2012. p. 130.

90. STAFF y ORGANIZATION, *Introduction to Intellectual Property, Theory and Practice*. Op. cit. p. 162.

se “pretende evitar la concesión de patentes sobre invenciones cuyos propósitos no sean claros, resulten abstractos o hasta irreales por consistir en meras especulaciones”⁹¹. Sin embargo, no cuenta con una regulación internacional homogénea en cuanto se identifican tres modelos de regulación que varían dependiendo de la extensión que se le dé al concepto industria.

El régimen de propiedad industrial debe ser entendido desde su acepción más amplia para que así pueda beneficiarse todo tipo de industria y comercio. Así lo establece el artículo 1.3 del Convenio de París, al indicar que “[l]a propiedad industrial se entiende en su acepción más amplia y se aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales”. Por esta razón, la definición de aplicación industrial debería ser igualmente extensa. No obstante, no hay una definición de internacionalmente aceptada que la explique.

Como resultado de la ausencia de una definición internacional homogénea, han sido identificadas tres posturas que los distintos países han acogido sobre el alcance de la aplicación industrial⁹². La primera, denominada Tipo I, es la empleada por las legislaciones de “Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Portugal, el Reino Unido, Serbia y Montenegro, Suecia y la [de la] Oficina Europea de Patentes (OEP)”⁹³. De acuerdo con ésta

se considerará [a] una invención ... susceptible de aplicación industrial “si puede realizarse o utilizarse en cualquier tipo de industria, incluyendo la agricultura”... La frase “incluyendo la agricultura” no se considera restrictiva, sino que hace hincapié en el carácter amplio del término “industria”. El criterio de aplicación industrial es distinto del que se refiere al carácter técnico de la invención. A los efectos de la aplicación industrial, la invención no necesariamente debe ser útil⁹⁴.

91. GUZMÁN, Diego y HERRERA, Luisa. *Aplicación Industrial. Derecho de Patentes*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 249-292. p. 285.
92. OFICINA INTERNACIONAL SCP-OMPI. (Abril de 2001). WIPO. Recuperado el 9 de diciembre de 2020, de Foro Electrónico del SCP/5: May 14 – 19, 2001: http://www.wipo.int/scp/es/meetings/session_5/index.htm.
93. COMITÉ PERMANENTE SOBRE EL DERECHO DE PATENTES. 2003. Requisitos de “Aplicación Industrial” y de “Utilidad”: Puntos Comunes y Diferencias. Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes: Novena Sesión. [En línea] 17 de marzo de 2003. [Citado el: 9 de diciembre de 2020.] http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_9/scp_9_5.pdf, p. 2.
94. Oficina Internacional SCP-OMPI. 2001. La Aplicación Práctica de los Requisitos de Aplicación Industrial y de Utilidad, en Virtud de las Legislaciones Nacionales y Regionales. Foro Electrónico del SCP/5: May 14 – 19, 2001. [En línea] Abril de 2001. [Citado el: 1 de Abril de 2015.] http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/es/meetings/session_5/pdf/scp5_inf.pdf, pp. 1-2.

Así pues, se trata de una definición acorde con el Convenio de París al dar una perspectiva amplia e incluyente de cualquier tipo de industria, permitiendo incluso la patentabilidad de invenciones que no sean útiles para la industria.

Por su parte, la aplicación industrial “Tipo II se define como aquella capaz de ser producida o comercializada en cualquier actividad industrial. Se diferencia de la Tipo I en que cada legislación de patentes incluye expresamente dentro de su definición, actividades adicionales como las económicas, la salud pública, las comerciales, etc.”⁹⁵. De tal modo, consiste en una definición amplia al incluir todos los sectores económicos, incluso aquellos que pueden generar dudas ante una interpretación estricta. “Así pues, este criterio es acogido por legislaciones de patentes como las de Colombia, Argentina, Japón, Moldavia y Rusia”⁹⁶.

Por último, la definición Tipo III es la adoptado por los Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y se caracteriza por el empleo de la palabra “utilidad” en lugar de “aplicación industrial”. Esta utilidad debe ser “específica, importante y creíble”⁹⁷ y descarta aquellas invenciones manifiestamente inútiles. Aun así, de conformidad con el comentario a pie de página del artículo 27.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, se “podrá considerar que las expresiones ‘actividad inventiva’ y ‘susceptibles de aplicación industrial’ son sinónimos respectivamente de las expresiones ‘no evidentes’ y ‘útiles’”.

En este sentido, la aplicación industrial de una obra de arte aplicado puede tener una mayor o menor exigencia dependiendo de la definición acogida por la legislación del país donde se pretende obtener una patente. En aquellas que adoptan la Tipo II, sólo el hecho de ser una obra artística le permite aprobar este criterio. Sin embargo, en los países que acojan cualquiera de los otros dos tipos de definición será necesario que la obra demuestre su utilidad o que puede ser empleada por algún tipo de industria.

2.3. Alcance del derecho en las reivindicaciones

Tal como se indicó con referencia a la protección que el derecho de autor le confiere a las obras, el alcance del derecho que otorga una patente no es absoluto. Pero a diferencia de lo que ocurre con el derecho de autor, este no se extiende a aquello sobre lo cual se dotó de originalidad, sino que se limita a

95. GUZMÁN y HERRERA. Aplicación Industrial. p. 254.

96. *Ibid.*

97. Oficina Internacional SCP-OMPI. (Abril de 2001). WIPO. Recuperado el 1 de Abril de 2015, de Foro Electrónico del SCP/5: May 14 – 19, 2001: http://www.wipo.int/scp/es/meetings/session_5/index.htm.

las reivindicaciones solicitadas y aprobadas por la oficina de marcas y patentes al momento de conceder una patente. De ahí que el alcance del derecho conferido por una patente se limite a lo que señalen sus reivindicaciones.

A. *Relevancia de las reivindicaciones*

El artículo 28⁹⁸ del Acuerdo sobre los ADPIC reconoce al titular de una patente el derecho exclusivo para “impedir a terceros la fabricación, uso y comercialización del producto patentado o la utilización del procedimiento y comercialización del producto obtenido por dicho procedimiento”⁹⁹. Pero este derecho no tiene un carácter absoluto por cuanto se encuentra delimitado por las reivindicaciones. Así lo señalan legislaciones como el artículo 69 del Convenio de la Patente Europea (CPE), el cual señala que “[e]l alcance de la protección que otorga la patente europea o la solicitud de patente europea estará determinado por las reivindicaciones”.

En este sentido, el Manual para el Examen de Solicitudes de Patentes de Invención en las Oficinas de Propiedad Industrial de los Países de la Comunidad Andina indica:

Las reivindicaciones son la parte más importante de la solicitud, pues definen la invención a proteger y delimitan el alcance de esa protección (Art. 51). Es fundamental que sean claras y concisas (Art. 30), para que:

- se puedan comparar y diferenciar del estado de la técnica con el fin de verificar los requisitos de patentabilidad; y
- puedan determinar sin ambigüedad hasta dónde llegan los derechos del titular de la patente.

El requisito de claridad y concisión se aplica a cada reivindicación individualmente, así como al conjunto de todas¹⁰⁰.

98. Artículo 28 Derechos conferidos.

1. Una patente conferirá a su titular los siguientes derechos exclusivos:

a) cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de: fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente;

b) cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de, por lo menos, el producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.

99. GUZMÁN, Diego, Del alcance de la patente al concepto de infracción. *Derecho de Patentes*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 784-839. p. 788.

100. OFICINA INTERNACIONAL DE LA OMPI. (2004). Manual para el Examen de Solicitudes de Patentes de Invención en las Oficinas de Propiedad Industrial de los Países de la Comunidad Andina. Quito: Oficina Internacional de la OMPI. p. 35.

De acuerdo con lo anterior, el alcance del derecho que confiere una patente está delimitado por las reivindicaciones “convirtiéndose en su núcleo esencial, ya que determinan los derechos del titular y precisan el objeto de la patente”¹⁰¹. En ellas se describe los usos o funciones sobre los cuales recae el derecho exclusivo. Así las cosas, “una patente intenta proteger tantas invenciones como reivindicaciones tiene”¹⁰². Ello explica que deban contar con una redacción lo suficientemente específica como para que excluya todo aquello que ya forma parte del estado del arte, pero sea lo suficientemente amplia como para extender todo lo posible el derecho del titular.

B. Categorías de reivindicaciones

Los Acuerdos sobre los ADPIC establecen en el artículo 27 sobre materia patentable, que las patentes “podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos”. Esta división por tipo de invenciones explica que las reivindicaciones se categoricen como reivindicaciones de producto y reivindicaciones de procedimiento. Existe una tercera categoría conocida como reivindicaciones de uso que no todas las legislaciones contemplan. En todo caso, para el caso de la obra de arte aplicado sólo aplicarían las reivindicaciones de procedimiento.

a) Reivindicaciones de producto

Las reivindicaciones de producto recaen sobre objetos tangibles en la medida que “describen las características específicas de un producto o sustancia química”¹⁰³. El Manual de Examinadores de Patentes incluye en esta categoría a las “sustancias y composiciones así como entidades físicas tales como artículos, máquinas, mecanismos, sistemas, sistemas de aparatos que cooperan entre sí como combinación de aparatos, etc.”¹⁰⁴. Así, la obra de arte aplicado podría contar con este tipo de reivindicación cuando se trate de una obra tangible.

Este tipo de reivindicaciones son reconocidas en el artículo 28 de los Acuerdos sobre los ADPIC, el cual les otorga el derecho “de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de: fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente”. En

101. p. 162.

102. SEGURA CÁMARA, Pascual Marcos, Directrices para la determinación del alcance de la protección de las patentes y los modelos de utilidad en España. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. 2001, n.º 22.

103. GUZMÁN, Del alcance de la patente al concepto de infracción. p. 790.

104. OFICINA INTERNACIONAL DE LA OMPI, *Op. cit.*, p. 37.

consecuencia, la protección conferida por estas reivindicaciones constituye “la más amplia que puede obtenerse en base al sistema de patentes”¹⁰⁵.

b) Reivindicaciones de procedimiento

Las reivindicaciones de procedimiento consisten en “una secuencia de etapas conducentes a la obtención de un producto y efecto específico”¹⁰⁶. En este sentido, describen el proceso empleado para producir una solución técnica, la cual puede tratarse de una máquina, una sustancia química o un resultado más eficiente. En este caso, el resultado del procedimiento no tiene que ser susceptible de ser patentado pues lo que se busca amparar es esa forma de obtener un resultado específico.

De acuerdo con esto, para que una obra de arte aplicado cuente con reivindicaciones de procedimiento tendría que pasar una de dos cosas. La primera, que la obra sea creada como resultado de una secuencia de etapas que cumplan con los criterios de patentabilidad. La segunda, que la secuencia de etapas que crean una solución técnica constituya una obra en sí misma.

c) Reivindicaciones de uso

Esta tercera categoría de reivindicaciones son aceptadas en Europa y los Estados Unidos pero no por la CAN. Estas amparan el “empleo en sectores industriales diversos a aquél en el que se venía haciendo uso [una invención] o de determinadas aplicaciones técnicas respecto de las cuales no se había planteado su utilidad o eventual eficacia hasta que se lleva a cabo una investigación al respecto”¹⁰⁷. Por lo tanto, las reivindicaciones de uso consisten en la aplicación novedosa de un producto o procedimiento para la obtención de una solución técnica a un problema específico, cuando el producto o procedimiento ya formaba parte del estado del arte pero no se conocía esa utilización específica. Así, dada la dificultad de que una invención tenga usos desconocidos, esta categoría es utilizada principalmente por la industria farmacéutica que puede justificar el nuevo la nueva aplicación de un medicamento.

105. VIDAL-QUADRAS TRÍAS DE BES, Miguel, *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*. Barcelona: JM Bosch Editor, 2005. p. 8.

106. CASTRO GARCÍA, Juan David, *La Propiedad Industrial*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 256.

107. VIDAL-QUADRAS TRÍAS DE BES, *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*. Op. cit. p. 13.

2.4. Exclusiones de patentabilidad: las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor y las creaciones estéticas

Todas las legislaciones contemporáneas en materia de patentes, sean nacionales o regionales, excluyen determinadas invenciones de su ámbito de protección. Su propósito es definir la materia patentable e impedir el patentamiento de ciertas creaciones que por política interna se considere deben dejarse fuera. De ahí que sólo algunas exclusiones sean contempladas por la mayoría de las legislaciones, mientras otras sean particulares para ciertos países o regiones. Entre estas, se destaca la exclusión que algunos países hacen a las obras literarias y artísticas protegidas por el derecho de autor, lo cual impediría la protección de los aspectos funcionales de la obra de arte aplicado. Por eso, es necesario revisar cómo otras creaciones –como las invenciones implementadas mediante software– han podido sortear su respectiva exclusión para alcanzar el amparo ofrecido por el sistema de patentes.

A. Exclusiones de patentabilidad

Existen distintos tipos de exclusiones a la patentabilidad incorporadas en la legislación de patentes. Con ellas, se suele impedir el patentamiento de los descubrimientos, teorías científicas, métodos matemáticos, métodos de hacer negocios, formas de presentar información, programas de computador, todo o parte de seres vivos, material biológico, métodos de terapéuticos o quirúrgicos, las variedades vegetales y animales y las invenciones cuya explotación comercial sería contraria al orden público o la moral. “Estados Unidos tiene un enfoque diferente, utilizando una definición positiva, a partir de la cual los tribunales han elaborado exclusiones para las leyes de la naturaleza, los fenómenos físicos y las ideas abstractas”¹⁰⁸.

A través de las exclusiones de patentabilidad, se busca en primera medida delimitar la materia patentable. De este modo, a partir de una definición de lo que puede ser una invención patentable, las exclusiones estructuran una aclaración sobre aquello que no queda comprendido por la definición. En segundo término, las exclusiones reflejan la situación social, política y económica de cada país o región. Por ello, “[s]e ha dicho que las oficinas de patentes existen ‘en la encrucijada entre la ciencia y las políticas públicas’”¹⁰⁹. En este

108. BENTLY, Lionel, Exclusions from patentability and exceptions to patentees’ rights: taking exceptions seriously. *Current Legal Problems*. 2011. vol. 64, n.º 1 p. 317. Citando Case T 356/93, Plant Genetics Systems/Glutamine Synthetase Inhibitors (Opposition by Greenpeace) [1995] EPOR 357, [1995] OJEO 545, [18.3]. Traducción del autor.

109. *Ibid.* p. 322. Traducción del autor.

sentido, al existir un interés en fomentar que algunas invenciones permanezcan en el dominio público, las exclusiones permiten a los países desarrollar los objetivos que las políticas públicas señalen.

B. Obras y creaciones estéticas

Entre las exclusiones que se identifica de distintos países relacionadas con las obras de arte, se encuentra una que excluye expresamente a la obra artística protegida por el derecho de autor y otra que excluye a las creaciones estéticas. La exclusión de obras¹¹⁰ es incorporada principalmente por la legislación de patentes de países latinoamericanos, la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) y sólo algunos países europeos. Por su parte, la exclusión de creaciones estéticas¹¹¹ principalmente la incorporan en sus legislaciones los países miembros de Organización Europea de Patentes (OEP) y la Organización Eurasiática de Patentes (EAPO).

No obstante esta división, muchos de los países que excluyen la patentabilidad de las obras también lo hacen respecto de las creaciones estéticas. Esto obedece a que incluir una exclusión sobre las creaciones estéticas permite “amplía[r] el alcance especificando que los circuitos integrados, edificios y diseños estéticos no pueden ser objeto de protección mediante patente”¹¹². De esta manera, debe entenderse entonces como una aclaración de lo que se entiende fuera de la materia patentable que no se limita a las obras artísticas amparadas por el derecho de autor.

110. Al mes de abril de 2020, la OMPI identificó la exclusión de obras en los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Colombia, Comunidad Andina (CAN), Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay, España, Reino Unido, Bulgaria, India, Pakistán, Santa Lucía, Turquía, Mauricio, Mozambique, Sudáfrica, Zambia y la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI). Información obtenida de: FORO ELECTRÓNICO, SCP. Exclusiones de la materia patentable. Anexo II revisado del documento SCP/12/3 Rev.2: Informe sobre el Sistema Internacional de Patentes, Determinados aspectos de las legislaciones nacionales/regionales en materia de patentes. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2020).

111. Al mes de abril de 2020, la OMPI identificó la exclusión de creaciones estéticas en los siguientes países: Albania, Alemania, Andorra, Argelia, Armenia, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Hong Kong, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Rusia, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Kirguistán, Luxemburgo, Malta, Marruecos, Noruega, Países bajos, Paraguay, Polonia, Portugal, República Checa, Corea, Macedonia del Norte, Moldova, República Dominicana, Rumania, Santa Lucía, Serbia, Suecia, Tayikistán, Túnez, Ucrania, Uzbekistán, Organización Europea de Patentes (OEP) y Organización Eurasiática de Patentes (EAPO). Información obtenida de: *Ibid.*

112. BENTLY, Lionel, et al. *Exclusiones a la patentabilidad y excepciones y limitaciones a los derechos de los titulares de patentes*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2010). p. 48.

C. *Fundamento de la exclusión de obras y creaciones estéticas*

La incorporación a los ordenamientos en materia de patentes de las exclusiones sobre las obras artísticas amparadas por el derecho de autor y las creaciones estéticas, “es el producto de la categorización clásica que busca distinguir entre lo que se considera obra de arte y lo que se considera invención”¹¹³. Esta categorización encuentra fundamento en dos argumentos distintos. El primero, la limitación a los derechos exclusivos que reconocen el sistema de patentes y el derecho de autor. El segundo, la especialidad de las ramas de la propiedad intelectual y la posible confusión de los usuarios.

En lo que respecta al primer argumento, la exclusión de patentabilidad se justifica en que “si la protección por derecho de autor está disponible, no hay necesidad de los incentivos adicionales que ofrece el Derecho de patentes. Se consigue optimizar la producción sin que la sociedad tenga que lidiar con el peso de nuevas exclusiones”¹¹⁴. Así las cosas, es una forma de limitar la concesión de derechos exclusivos que pueden llegar a resultar excesivos en perjuicio de los usuarios.

Por su parte, el segundo argumento plantea que “la protección mediante múltiples derechos de P.I., en opinión de muchos, no da resultados satisfactorios. Según algunos especialistas, cada materia debe protegerse en virtud de un único régimen, y solo uno”¹¹⁵. Por esta razón, se afirma que “lo que busca la norma es que esas obras que tienen como función fundamental el enriquecimiento del acervo cultural, se deben proteger por un medio distinto al del sistema de patentes, éste último dirigido a estimular fundamentalmente la innovación tecnológica y la protección de la tecnología aplicada a la industria”¹¹⁶. De este modo, se busca que todo aquello susceptible de ser amparado por un régimen de propiedad intelectual específico, quede excluido del sistema de patentes.

D. *Problemática de la exclusión y posible solución para la protección acumulada en la obra de arte aplicado*

Todo lo anterior permite plantear el interrogante sobre si la obra de arte aplicado podría proteger su aspecto funcional por medio de una patente de

113. RENGIFO MARTÍNEZ, Jose Daniel y MENDIETA CHAPARRO Luisa María, El Bioarte a la Luz de la Propiedad Intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2019, n.º 28 p. 123.

114. BENTLY, et al. *Exclusiones a la patentabilidad y excepciones y limitaciones a los derechos de los titulares de patentes*. p. 48.

115. *Ibíd.* p. 48.

116. ALEMÁN, Marco Matías, De las patentes de invención: Definición, requisitos y exclusiones. *Iuris Dictio*. 2001. vol. 2, n.º 4. p. 25.

invención o un modelo de utilidad. La interpretación estricta de la exclusión haría concluir que este tipo de creación quedaría por fuera de su ámbito de protección. Sin embargo, existen invenciones que si bien son excluidas como materia patentable por sí mismas, han sido admitidas cuando son incorporadas a invenciones patentables. Tal es el caso de las denominadas patentes implementadas por ordenador, cuyo desarrollo permite ser aplicado analógicamente a las obras de arte aplicado.

La exclusión de la materia patentable de las obras artísticas o cualquier otra, protegida por el derecho de autor, y las creaciones estéticas, implica que no es posible obtener un derecho de patente sobre el aspecto funcional de la obra de arte aplicado. Así, sería irrelevante que la obra cumpla con los criterios de novedad, altura inventiva y aplicación industrial, por cuanto la legislación en materia de patentes de distintos países así lo establece. En efecto, su aspecto artístico, como creación que puede ser catalogada como estética, la excluiría del sistema de patentes.

Esta misma situación se presenta respecto de los programas de ordenador, también denominados *software*, programas informáticos o programas de computador, por las diferentes legislaciones en materia de patentes. Múltiples ordenamientos alrededor del mundo las excluyen de la materia patentable, ya sea por considerar que están amparados por el derecho de autor o porque son percibidos como meras ideas abstractas. Aun así, actualmente sí es posible obtener una patente relacionada con este tipo de creaciones, cuando son identificadas como algo más que un simple programa de ordenador.

En el caso estadounidense, la posibilidad de conferir patentes al *software* ha sido admitida jurisprudencialmente en los casos en que la invención pueda ser diferenciada de una idea abstracta. Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank Intern.*, 134 S. Ct. 2347, 573 U.S. 208, 189 L. Ed. 2d 296 (2014), donde se estudió la validez de las reivindicaciones de una invención diseñada para facilitar el intercambio de obligaciones financieras entre dos partes, mediante el uso de un sistema informático como un tercero intermediario. En su decisión, la Corte declaró la invalidez de la invención implementada mediante *software*, al considerar que “las reivindicaciones en litigio equivalen a ‘nada significativamente más’ que una instrucción para aplicar la idea abstracta de liquidación intermediada utilizando alguna computadora genérica no especificada... Según nuestros precedentes, eso no es ‘suficiente’ para transformar una idea abstracta en una invención elegible para patente”¹¹⁷.

117. *Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank Intern.*, 134 S. Ct. 2347, 573 U.S. 208, 189 L. Ed. 2d 296 (2014). p. 2360. Traducción del autor.

En este sentido, en el caso *Alice v. CLS Bank* “la obtención de una patente de un *software* ‘como tal’, se supeditó a que se presente un esfuerzo mayor, pues no bastará que la solicitud verse sobre una idea operada o materializada por él mismo mediante un manual de instrucciones”¹¹⁸. Ese es el estándar estadounidense para el obtención de una patente sobre un programa de ordenador. Pero dado que la empresa Alice –titular de la patente– no logró demostrar ese esfuerzo adicional, sus reivindicaciones fueron declaradas inválidas por la Corte.

En contraste, el Convenio sobre la Patente Europea plantea su propia solución para la patentabilidad de los programas de ordenador basada en la diferenciación entre el programa de computador como tal y el programa como parte de una invención compleja. En principio, su artículo 52.2.c. establece la exclusión de este tipo de creaciones de las invenciones patentables. Sin embargo, en su numeral tercero (artículo 52.3.) señala que “[l]o dispuesto en el párrafo 2 excluye la patentabilidad de los elementos enumerados en el mismo solamente en la medida de que la solicitud de patente europea o la patente europea no se refiera más que a uno de esos elementos considerado como tal”. Por lo tanto, si bien los programas de ordenador “como tal” no son susceptibles de ser patentados, las invenciones implementadas por programas de ordenador sí lo serían.

“[L]as invenciones implementadas por ordenador’ hacen referencia a aquellas invenciones en donde el *software* se incorpora o se vincula a un aparato o instrumento, que a su vez constituye un mecanismo que soluciona un problema técnico”¹¹⁹. Es decir que se trata de un aparato complejo en cuanto está conformado por diferentes partes, siendo una de ellas –mas no la única– un programa de ordenador. Este aparato tendría entonces que cumplir con los criterios de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial. Así, “un programa de computador reivindicado por sí mismo no está excluido de patentabilidad si el programa, cuando se ejecuta o se carga en un computador, produce, o es capaz de producir, un efecto técnico que va más allá de las interacciones físicas ‘normales’ entre el programa (software) y la computadora (hardware) en la que se ejecuta”¹²⁰.

Así pues, teniendo en cuenta que la exclusión de patentabilidad de las creaciones estéticas hace parte del artículo 52.2.b. del Convenio sobre la Patente

118. SALAS, Brenda, El software o programa de ordenador y el concepto de invención patentable. *Derecho de Patentes*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 431-500. p. 459.

119. *Ibid.* p. 442.

120. HERRERA GONZÁLEZ, Héctor Camilo, Protection of video game mechanics through the patentability of software. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2019. vol. 27, n.º enero-junio 2019 p. 79. Traducción del autor.

Europea, el concepto de invención “como tal” establecido por el artículo 52.3 también la cobija. En consecuencia, si bien una creación estética como tal no puede acceder a una patente, sí puede hacerlo aquella que esté incorporada a un aparato, instrumento u objeto útil en general, que constituye un mecanismo que proporcione una solución un problema técnico. Incluso, este mismo criterio puede ser aplicado bajo el estándar estadounidense en la medida que el aspecto artístico sea conceptualmente separable de la invención. Por lo tanto, sí sería procedente proteger el aspecto funcional de la obra de arte aplicado, con independencia del amparo que le pueda proveer el derecho de autor.

3. SIGNOS DISTINTIVOS

El aspecto funcional de las obras artísticas también se ve reflejado en su uso como marca capaz de identificar el origen empresarial de productos y servicios en el comercio. Ello obedece, por un lado, a que los empresarios tienen la necesidad de acudir a figuras visualmente llamativas para diferenciarse de sus competidores. Por ello, las obras de arte les sirven como el elemento gráfico identificador de su actividad económica. Por otro lado, distintos exponentes del arte contemporáneo se han apropiado de signos distintivos para descontextualizar su función identificadora e incorporarlos a su obra, comunicando así su propio mensaje. Sin embargo, en ambas situaciones se corre el riesgo de incurrir en actos de infracción ante la posibilidad de una protección acumulada entre la propiedad industrial y el derecho de autor. Por esta razón, es necesario comprender el alcance de la protección que confieren los signos distintivos que emplean creaciones susceptibles de ostentar la calidad de obra protegida.

3.1. Función de la obra artística como signo distintivo

Los signos distintivos “permiten a la clientela reconocer los productos o establecimientos que busca y distinguirlos de productos o establecimientos similares”¹²¹. De ahí que se les atribuyan las funciones de identificar el origen empresarial, servir de indicador de calidad y representar el *goodwill* del empresario. Por lo tanto, cuando se utiliza para ello una obra que en principio se caracterice únicamente por su aspecto artístico, ésta se convierte en una obra de arte aplicado en cuanto comienza a cumplir una función.

La función de identificar el origen empresarial va ligada a los fines que busca el empresario cuando acoge un determinado signo distintivo. Esto es, “lograr que el consumidor pueda asociar un producto o un servicio con la persona, natural

121. BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de Marcas, Marcas, designaciones y nombres comerciales*. 3a Ed. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008. p. 23.

o jurídica, que lo produce o lo presta según corresponda”¹²². Cuando esto se alcanza, el signo adquiere la capacidad de cumplir con las otras dos funciones.

Así pues, un signo distintivo sólo sirve como indicador de calidad de los productos y servicios que identifica cuando los usuarios y consumidores pueden atribuirle un origen empresarial específico. Esto se evidencia particularmente en el campo de los medicamentos donde estos signos “permiten rastrear productos defectuosos o de baja calidad hasta su origen, lo cual genera un cuidado extra en los productores”¹²³. Por ello, cuando un consumidor reconoce un signo distintivo específico, “presume que todos los bienes del mismo tipo –identificados con un único signo distintivo– cuentan con las mismas características”¹²⁴. Incluso, esa “promesa de calidad que implica la marca, ...se observa aún más comprometida en los casos de productos lujosos, toda vez que estos suponen un nivel de calidad superior al resto”¹²⁵. Esto provoca además que competidores desleales busquen copiarlo para identificar falsamente sus propios productos y servicios, y así aprovecharse de la reputación que haya adquirido el titular del signo.

Lo anterior permite referirse a la función que cumplen los signos distintivos en el *goodwill* o reputación del empresario. “La reputación está asociada con la capacidad de la marca para recuperarse frente a crisis inesperadas o escándalos que la afecten, es decir, con su capacidad de resiliencia”¹²⁶. En este sentido, esta se encuentra “íntimamente relacionado con la percepción y los juicios que hagan los grupos de interés de la marca o su industria sobre su devenir y la confianza que ella misma genere”¹²⁷. Por eso, para un comerciante interesado en adquirir la empresa de otro, no es suficiente con que le hagan entrega de la maquinaria y locales empleados en el desarrollo del negocio. Necesita además hacerse titular de los signos distintivos que lo identifican por cuanto es esto lo que le permitirá hacerse con la clientela, gracias a la reputación que esté ligada a ella.

De acuerdo con esto, es importante para el empresario que su signo distintivo lo individualice en el mercado. Tiene así un interés por utilizar dibujos o imágenes de fácil recordación y que se diferencien de las utilizadas por sus

122. GUERRERO GAITÁN, Manuel, *Derecho de Marcas. Teoría y práctica internacional*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia, 2019. p. 23.

123. SÁNCHEZ MERINO, Fredy, Marcas Farmacéuticas: Un Remedio Para Su Regulación. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2015, n.º 19. p. 56.

124. GUZMÁN, Diego, et al. La corrupción en el ámbito de la propiedad intelectual. *Corrupción en Colombia: Enfoques sectoriales sobre corrupción*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia 2018, pp. 331-393. pp. 353-354.

125. SÁNCHEZ MERINO, Fredy, De la dilución marcaria y otros demonios. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2018, n.º 26. p. 33.

126. SAMPER, Luis Fernando, Incorporando los Reiscos del Siglo XXI en la Valuacion de Marcas. *Ibid.* 2017, n.º 24 p. 37.

127. *Ibid.* p. 36.

competidores. Por esta razón, las obras de arte constituyen una alternativa atractiva por cuanto la originalidad que las caracteriza, puede ser suficiente para impedir que la clientela del empresario confunda el origen empresarial del producto o servicio que se identifica con el signo que la incorpora.

3.2. Alcance del derecho sobre los signos distintivos y el riesgo de confusión

Los signos distintivos confieren a su titular el derecho de usarlos en el comercio para identificar productos y servicios. Así lo establece el artículo 16.1 del Acuerdo sobre los ADPIC al señalar que

El titular de una marca de fábrica o de comercio registrada gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión. Los derechos antes mencionados se entenderán sin perjuicio de ninguno de los derechos existentes con anterioridad y no afectarán a la posibilidad de los Miembros de reconocer derechos basados en el uso.

De acuerdo con esto, se confiere un derecho exclusivo para que el titular haga uso del signo y un derecho excluyente para impedir o autorizar el uso de parte de terceros. De esto último, se destaca de esta que esta facultad no se limita al uso de signos idénticos. Esta se extiende a aquellos que resulten similarmente confundibles.

En este sentido, el alcance del derecho sobre los signos distintivos abarca la facultad de impedir el uso de signos similares o idénticos. Esto es “moldeado por la necesidad de garantizar su distintividad. Los titulares de marcas tienen derecho a impedir el uso por terceros de marcas similares o idénticas a las marcas registradas, en la medida en que dicho uso no le permita a los consumidores distinguir los bienes o servicios en cuestión”¹²⁸. Con ello se pretende impedir que competidores desleales utilicen signo similarmente confundibles con el propósito de aprovecharse de la reputación de un empresario que ha logrado posicionarse en la mente de los usuarios y consumidores.

No obstante lo anterior, si bien la infracción marcaria se puede presumir cuando existe la reproducción de un signo, “la simple imitación no genera la

128. DE CARVALHO, Nuno Pires, *The TRIPS regime of trademarks and designs*. 4th ed. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2018. p. 275. Traducción del autor.

presunción”¹²⁹. Esta debe ser examinada con el fin de determinar si el signo utilizado carece de distintividad en relación con el signo anterior. “El criterio para evaluar cuándo el uso de una marca similar o idéntica a una marca registrada es incapaz de distinguir bienes o servicios similares o idénticos es el ‘riesgo de confusión’”¹³⁰. A partir de él se juzga si las distintas características del signo utilizado infringen el derecho del otro.

Ahora bien, no existe un criterio unificado para establecer el riesgo de confusión y, por eso, cada legislación establece uno propio. En el caso europeo, la jurisprudencia ha fijado unos parámetros para realizar el cotejo, que fueron luego recogidos por las directrices de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), en el capítulo 7 sección 2 apartado C. En síntesis

el riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, para lo cual es necesario tener en cuenta todos los factores del caso concreto que sean pertinentes, cuya apreciación depende de numerosos factores y, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que pueda hacerse de ella con el signo utilizado o registrado, del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados¹³¹.

En igual sentido, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado distintos tests para determinar el riesgo de confusión de los signos distintivos. Cada circuito judicial los denomina de acuerdo con el caso insignia donde fueron establecidos y de ahí que se utilicen nombres como Factores Pignons (Primer Circuito), Factores Lapp (Tercer Circuito), Factores Pizzeria Uno (Cuarto Circuito), Dígitos de Confusión (Quinto Circuito), Factores Frisch (Sexto Circuito), Factores Autozone (Séptimo Circuito), Factores SquirtCo (Octavo Circuito), Factores Sleekraft (Noveno Circuito), Factores Sally Beauty Co (Décimo Circuito) e incluso Factores de Riesgo de Confusión (Undécimo Circuito)¹³². Todos estos tests recogen en general los mismos criterios. En el caso del Segundo Circuito, estos son denominados Factores Polaroid y examinan “la fuerza de su marca, el grado de similitud entre las dos marcas, la proximidad de los productos, la probabilidad de que el anterior titular cerrará esa brecha, la confusión real y la reciprocidad de la buena fe del acusado en la adopción de su propia marca, la calidad del producto del demandado y la sofisticación de los compradores”¹³³.

129. *Ibíd.* p. 275. Traducción del autor.

130. *Ibíd.* p. 275. Traducción del autor.

131. GUERRERO GAITÁN. *Derecho de Marcas. Teoría y práctica internacional*. p. 251.

132. GINSBURG, Jane C, et al. *Trademark and unfair competition law: cases and materials*. 5th ed. New York: Lexis Nexis, 2013. p. 368.

133. *Polaroid Corporation v. Polarad Electronics Corp.*, 287 F.2d 492 (2d Cir. 1961). p. 495. Traducción del autor.

Por su parte, para los países de la CAN, el riesgo de confusión se determina a partir de un doble análisis: el cotejo marcario y la conexión competitiva. El cotejo marcario parte de los principios de realizar la comparación sin descomponer los elementos que conforman el signo como un conjunto; el cotejo debe ser sucesivo; el análisis se debe enfocar en las semejanzas y no en las diferencias; y el examinador debe colocarse en el lugar del consumidor medio al momento de hacer la comparación¹³⁴.

De esta manera, la comparación de signos para determinar el riesgo de confusión se asemeja a la realizada en los casos de plagio como infracción a los derechos de autor. En ella, también se debe tener presente que “prevalecen las semejanzas por encima de las disparidades, para fines de evidenciar el plagio”¹³⁵. Esto obedece a que el titular solamente es dueño de los aspectos originales de su obra y “[e]n consecuencia, debe establecerse si aquellos elementos sobre los cuales existe un derecho se encuentran en la obra plagaria”¹³⁶. Por ello, cuando el signo distintivo está conformado por una obra de arte aplicado, es susceptible de ser sometida a un doble análisis de infracción en los eventos donde se acepte la protección acumulada, permitiendo la protección tanto de su aspecto artístico como del utilitario.

3.3. Categorías de signos distintivos

Además de las marcas, el régimen de signos distintivos está conformado por el lema comercial; el nombre y la enseña comercial; la marca colectiva; la marca de certificación; y la denominaciones de origen. Salvo por el lema comercial que constituye un signo nominativo por tratarse de palabras, números o combinaciones de los mismos, cada una de estas categorías puede estar representada por una obra artística. Por ello, a continuación se procede a explicar estas categorías.

A. Marcas

De todas estas categorías, la marca es la más relevante por cuanto de ella se deriva la regulación de los demás. De ahí que el régimen de signos distintivos se denomine comúnmente como el régimen marcario. Por lo tanto, salvo lo expresamente señalado para las categorías específicas, se les debe aplicar establecido de forma general para las marcas.

134. GUERRERO GAITÁN. *Derecho de Marcas. Teoría y práctica internacional*. pp. 245-246.

135. BÁEZ JIMÉNEZ, Diana Carolina, El Plagio, Especial Referencia a la Obra Cinematográfica. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2015. vol. 19 p. 127.

136. GUZMÁN, Diego, El Plagio en la Administración Pública. *Foro de Derecho Mercantil – Legis*. 2017. vol. Abril-Junio, n.º 55. p. 114.

La definición general de marca se encuentra en el artículo 15.1 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esta señala que

Podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso. Los Miembros podrán exigir como condición para el registro que los signos sean perceptibles visualmente.

De acuerdo con este artículo, si bien una marca puede estar conformada por una variedad de elementos, todos estos deben poder ser representados gráficamente. Esto se debe a que “toda la colectividad debe tener una meridiana claridad sobre el alcance de dicho derecho exclusivo, para, por una parte, no violarlo, en caso que ya se encuentre concedido, o para oponerse a la concesión del mismo, si se está inmerso en un trámite de concesión ante la oficina competente”¹³⁷. Por esta razón, las obras plásticas bi y tridimensionales pueden ser registradas como marcas en cuanto cumplen con todas estas características.

Adicionalmente, la marca debe ser distintiva para así poder diferenciar al empresario y sus productos y servicios en el mercado. Esta es una característica que “debe persistir durante toda la vida de la marca como requisito de conservación del registro, en otras palabras, si se pierde lo distintivo del signo pueden verse en peligro los derechos otorgados al titular de la marca a partir del registro otorgado en su momento”¹³⁸. Por esta razón, no puede constituir una imagen genérica ni descriptiva de los productos o servicios que con ella se identifiquen, pues los signos de este tipo son necesarios para que los demás empresarios informen las características de los productos y servicios que ofrecen. Tampoco pueden constituir denominaciones usuales ni formas determinadas por la función técnica que desarrollen (sin contar su función identificadora).

B. Marcas colectivas

Las marcas colectivas se diferencian de las marcas tradicionales en que estas no pretenden que la clientela las identifique con un único origen empresarial.

137. GUERRERO GAITÁN. *Derecho de Marcas. Teoría y práctica internacional*. p. 54.

138. CÁNDANO PÉREZ, Mabel, Empaquetado genérico: retos y desafíos para el derecho marcario. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2017, n.º 23. p. 194.

En su lugar, se centran en la función de los signos distintivos como indicadores de la calidad de los productos y servicios ofrecidos por distintos empresarios. De este modo, buscan garantizarle a los consumidores que todos los empresarios que la utilizan siguen unos estándares de calidad específicos comunes. “La importancia de este registro está en que el titular que avala la marca es una persona o entidad que conoce el sentido estético y técnico de los productos y esto garantiza que haya reconocimiento al artista, que se preserve el sentido cultural de la creación y que se ofrezcan al público altos estándares de calidad”¹³⁹. Por esta razón, son utilizadas frecuentemente para promover productos artesanales.

C. *Marcas de certificación*

Las marcas de certificación se asemejan a las marcas colectivas en cuanto “implican un mecanismo formal destinado a asegurar un cierto nivel de calidad para los bienes y servicios así identificados”¹⁴⁰. No obstante, su gran diferencia radica en que su titular no puede hacer uso de la marca en sus propios productos y servicios. Se trata de un signo con un carácter de imparcialidad en cuando es licenciado por su titular, hacia los empresarios que demuestren cumplir con las características indicadas en la resolución que concede el registro. Por lo tanto, es un sello de calidad que puede ser representado por una obra artística.

D. *Enseña y nombre comercial*

Las enseñas comerciales son el signo distintivo “que sirve para dar a conocer al público un establecimiento, con el fin de distinguirlo de otros destinados a actividades idénticas o similares, y suele presentarse o colocarse en el lugar mismo donde se desarrolla la actividad de la empresa”¹⁴¹. Por su parte, “[l]os nombres comerciales identifican al comerciante en el curso de sus actividades mercantiles”¹⁴². Por esta razón, es más usual que una obra artística sea utilizada como enseña en cuanto resulta más fácil para la clientela percibirla visualmente sobre el establecimiento. En todo caso, ambas son reguladas en la práctica por las mismas normas.

139. CABRERA, KAREN Isabel, et al. Protección del patrimonio cultural inmaterial a través de la Propiedad intelectual: el caso del Carnaval de Barranquilla *Ibíd.* vol. julio-diciembre, n.º 30 p. 62.

140. BERTONE y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho de Marcas, Marcas, designaciones y nombres comerciales. Op. cit.* p. 274.

141. ANTEQUERA PARILLI. *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor, análisis de jurisprudencia comparada.* p. 350.

142. PEÑA VALENZUELA, Daniel, La venta o cesión de un sitio de Internet desde la óptica de la propiedad intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial.* 2000, n.º 1. p. 174.

En países como los miembros de la CAN, el derecho al nombre y a la enseña comercial no requiere de registro constitutivo pues se adquiere por su uso efectivo en el comercio. Sólo se exige que este uso sea continuo en el tiempo. No obstante, “en algunos ordenamientos [sí] están sometidos a un sistema registral constitutivo, por un plazo similar al de las marcas”¹⁴³.

E. Indicaciones geográficas y denominaciones de origen

Las indicaciones geográficas (IG) son definidas por el artículo 22.1 del Acuerdo sobre los ADPIC como aquellas “que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico”. Algunas legislaciones también definen las denominaciones de origen (DO) como un sinónimo de estas aunque algunos autores las consideran más bien una especie de IG al señalar que estas últimas se protegen sólo por cumplir con las características indicadas en los Acuerdos sobre los ADPIC. En contraste, según esta posición, las DO “están anteceditas por un procedimiento culminado con un acto administrativo, una ley o un decreto, las cuales atribuyen una serie de requisitos que aseguran que los factores naturales y humanos sean conservados al exigirles la conformación de un Consejo Regulador”¹⁴⁴.

Ahora bien, las normas en materia de IG o DO no son claras al señalar si este signo requiere tener un carácter nominativo o si puede utilizarse un signo figurativo o mixto. Piénsese en la combinación de palabras “Café de Colombia” debajo de una figura triangular representativa de las cordilleras colombiana, y la silueta sobrepuesta del arriero Juan Valdez y su mula Conchita. Es un símbolo mixto que fácilmente podría serle atribuido un origen geográfico vinculado a un producto específico. Sin embargo, una lectura estricta del artículo 201 de la Decisión Andina 486 de 2000 deja ver “[s]e entenderá por denominación de origen, una indicación geográfica constituida por la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado”. De este modo, la denominación no podría ser sustituida por una figura.

143. ANTEQUERA PARILLI. *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor, análisis de jurisprudencia comparada*. p. 350.

144. MANQUILLO ASTAIZA, Natalia Andrea. La vulnerabilidad del sector artesanal colombiano en el ámbito nacional e internacional como negocio de conocimiento tradicional. Estudio de Caso: La denominación de origen artesanal Guacamayas en el Acuerdo Comercial entre Colombia, Peru y la Union Europea. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2019. vol. julio-diciembre, n.º 28. p. 191.

3.4. Características de los signos distintivos

A. Especialidad y territorialidad de los signos distintivos

Los signos distintivos se caracterizan por estar limitadas a un territorio, y a productos y servicios específicos. En lo que tiene que ver con su carácter territorial, según se explicó en la primera parte de este epígrafe, el derecho marcario debe ser solicitado ante cada oficina de marcas local. En consecuencia, los efectos de los registros expedidos por estas oficinas se limitan al país donde se solicita el derecho. Aun así, existen intentos por lograr sistemas de marcas unificados como el caso de la marca comunitarias en la Unión Europea. Otra alternativa es la posibilidad que presenta el Protocolo de Madrid para presentar solicitudes de registro a las oficinas de distintos países, pero mediante un único trámite llevado a cabo por la oficina local.

Por su parte, la especialidad de los signos distintivos se refiere a que los registros marcarios se conceden para productos y servicios específicos. “En consecuencia, nada impide que dos signos idénticos o semejantes puedan convivir en el mercado y ser inscritos en el registro, cuando distingan productos o servicios perfectamente diferenciados”¹⁴⁵. Para ello, se utiliza la Clasificación Internacional de Niza la cual consiste en una lista de productos y servicios clasificados en 45 grupos. Al momento de solicitarse el registro de un signo, el solicitante debe indicar el producto o servicio específico que se pretende identificar para que el derecho sea concedido en dichos términos.

No obstante lo anterior, existe la posibilidad de extender la protección hacia otros países y frente a productos o servicios de otras clases cuando se trata de marcas notoriamente conocidas por los consumidores. En efecto, “la notoriedad tiene como efecto la ruptura o quiebra de[l] principio de especialidad”¹⁴⁶. Esto se debe a que los consumidores y usuarios pueden atribuir un mismo origen empresarial a distintos productos y servicios cuando el signo ha adquirido cierto grado de notoriedad. También, su reconocimiento puede tener efectos internacionales y llegar a derivar en un derecho extendido a otros países.

B. Registro constitutivo del derecho

Para hacerse titular de un signo distintivo, debe solicitarse su registro ante la oficina de marcas correspondiente al país donde se vaya a utilizar. Así funciona

145. CASADO CERVIÑO, Alberto, *La Marca Comunitaria*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 232.

146. GUERRERO GAITÁN, Manuel, Los signos notoriamente conocidos. Régimen de oponibilidad y tratamiento en el derecho comparado. *El Nuevo Derecho de Marcas: perspectiva en Colombia, Estados y Unión Europea*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016. p. 193.

en regímenes como el de la CAN, la Unión Europea y la gran mayoría de los países. En contraste, en el régimen marcario de Estados Unidos “no es posible lograr el registro de una marca si no se demuestra que esta se encuentra siendo usada en el mercado de los productos o servicios que se intenta reivindicar”¹⁴⁷. Aun así, la entrada de Estados Unidos al Protocolo de Madrid lo obligó a modificar su legislación para permitir solicitudes extranjeras de registros marcarios, pero exigiendo la demostración del uso efectivo de la marca en el territorio dentro de los tres años siguientes a la solicitud.

C. *Duración indefinida del derecho*

La mayor diferencia que presentan los signos distintivos respecto de los demás tipos de propiedad intelectual es que pueden tener una protección indefinida temporalmente. Si bien en principio el derecho se inicia a partir de la fecha en que sea concedido el registro, el artículo 18 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que tiene “una duración de no menos de siete años”¹⁴⁸. De ahí que muchas legislaciones contemplan un término de protección de hasta diez años renovables por periodos de diez años sucesivos¹⁴⁹. Esta posibilidad de renovar el registro permite que su titular conserve el derecho indefinidamente. Así, una obra de arte aplicado utilizada como signo distintivo puede seguir estando protegida por la propiedad intelectual incluso después de que el derecho de autor haya terminado.

3.5. Controversias en torno al registro de obras artísticas como marcas

Existen signos que en principio tendrían la capacidad de ser registrados, pero existe un interés público o privado porque esto no sea así. El caso más común es el de los signos confundibles con marcas previamente registradas pero no es el único. También se niega el registro por afectar derechos del consumidor por resultar engañoso; constituya emblemas o signos heráldicos; se trate del nombre de comunidades indígenas, afrodescendientes o locales;

147. VELASCO ORDÓÑEZ, El uso como elemento dinamizador de los sistemas de protección marcaria. *Op. cit.* p. 46.

148. Acuerdo sobre los ADPIC. Artículo 18. Duración de la protección.
El registro inicial de una marca de fábrica o de comercio y cada una de las renovaciones del registro tendrán una duración de no menos de siete años. El registro de una marca de fábrica o de comercio será renovable indefinidamente.

149. El artículo 152 de la Decisión Andina 486 de 2000, que regula el régimen de propiedad industrial para la Comunidad Andina, establece un término de diez años de protección renovable por periodos sucesivos de diez años. Igualmente, el término de diez años lo establece el artículo 46 del Reglamento (CE) N.º 207/2009 del Consejo sobre la Marca de la Unión Europea.

afecta la identidad o prestigio de una persona; o se realiza en contra de la leal competencia. En lo que concierne a la obra artística, existe una causal de irreregistrabilidad por afectar derechos de autor. Por ello, para obtener el registro de una obra plástica como signo distintivo y así conseguir una protección acumulada, es necesario que la solicitud provenga del titular o de alguien autorizado. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que es posible perder esta protección acumulada cuando el registro se hace con el fin de extender el alcance del derecho de autor y no para identificar productos y servicios.

A diferencia de lo que se explicó con relación a la exclusión de patentabilidad de las obras artísticas y demás creaciones estéticas, la causal de irreregistrabilidad marcaría no busca proteger un interés público o cultural. Este es netamente privado en cuanto pretende impedir el aprovechamiento indiscriminado de las creaciones intelectuales originales de terceros. En este caso puntual, se trataría de obras artísticas amparadas por el derecho de autor que pueden ser objeto de actos no autorizados de reproducción, distribución y comunicación pública, cuando la obra es fijada en la etiqueta de los productos que identifica, estos son comercializados o la obra es sometida a campañas publicitarias en medios masivos de comunicación.

En todo caso, la aplicación de esta causal de irreregistrabilidad resulta engorrosa pues es muy difícil identificarla debido a que la obra no requiere ser registrada para estar amparada por el derecho de autor. Por lo tanto, es difícil para el examinador de marcas identificar oficiosamente que el signo es una obra y que el solicitante no cuenta con autorización para registrarla como signo distintivo. Una solución sería asumir que todas las marcas que se soliciten para registro constituyen obras amparadas por el derecho de autor, cuando estas cuentan con elementos figurativos. Sin embargo, sería necesario entonces solicitar una copia del contrato en virtud del cual el diseñador cede sus derechos de autor al empresario que pretenda obtener el registro.

Otra situación que bien puede presentarse es que la obra artística, objeto de la solicitud de registro de marca, ya se encuentre en el dominio público. En dicho caso, debe tenerse presente que “en virtud de la naturaleza dual del derecho de autor, aunque los derechos patrimoniales pudiesen haber pasado al dominio público, los derechos morales permanecen intactos a pesar del paso del tiempo”¹⁵⁰. Por lo tanto, la posible afectación de derechos morales como el de integridad y paternidad de la obra, impedirían la concesión de su registro como marca.

Ahora bien, es perfectamente viable que el titular de los derechos de autor sobre una obra artística, o alguien autorizado por este, solicite su registro

150. GUERRERO GAITÁN. *Derecho de Marcas. Teoría y práctica internacional*. p. 269.

como signo distintivo. La oficina de marcas y patentes estaría entonces en la obligación concederlo en la medida que cumpla con todos los requisitos de distintividad y no se afecte derechos de terceros. Con ello se lograría atribuirle a la obra artística una protección acumulada entre el derecho marcario y el derecho de autor.

No obstante lo anterior, puede ocurrir que el intento de obtener una protección acumulada derive en la pérdida de uno de los dos derechos. Esto se evidenció en el ya citado caso de la marca Cola & Pola fallado por el Consejo de Estado colombiano en 1995¹⁵¹, que resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada en contra de los actos administrativos proferidos por la DNDA, por medio de los cuales negó el registro del contrato de cesión de derechos de autor de la obra artística utilizada como marca. En él, al considerar imprescindible la separabilidad del carácter artístico con el industrial, consideró que la marca carecía de derechos de autor pues su función primordial era la de servir como signo distintivo identificador de productos.

Paralelamente, el artista conocido bajo el seudónimo Banksy se ha enfrentado a la anulación por mala fe, de los registros marcarios que ha obtenido sobre sus obras artísticas. En su caso particular, el uso de un seudónimo le permite mantenerse en el anonimato para evadir la posible persecución policial “por cuanto su obra es normalmente fijada en muros ajenos sin autorización de los propietarios, lo cual en algunos lugares acarrea sanciones penales o administrativas por constituir actos de vandalismo”¹⁵². Sin embargo, esta misma situación le impide ejercer sus derechos de autor dado que se vería obligado a divulgar su identidad para demostrar su legitimación como titular de los mismos. Por ello, su estrategia legal se basa en registrar sus obras como marcas, a nombre de la organización Pest Control Office Limited, la cual lo representa.

En principio, la estrategia marcaria de Banksy parece sólida en el sentido que Pest Control puede ejercer plenamente sus derechos para impedir el uso de las marcas registradas a su nombre. Sin embargo, al no utilizar estas signos para identificar productos y servicios, sus contrapartes dentro de los procesos iniciados por infracción marcaria han solicitado sean anuladas por mala fe en su registro. En un primer caso, el Tribunal de Milán, Italia, indicó en la sentencia RG 52442/2018 Pest Control Office Limited v 24 Ore Cultura s.r.l., que

la hipótesis planteada por la parte demandada de registros realizados de mala fe con el (único) propósito de evitar que terceros comercialicen productos parece

151. COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Expediente n.º 2925, Sentencia del 3 de febrero de 1995. Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

152. GUZMÁN. *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. p. 74.

ser difícil de determinar en la etapa precautelar, teniendo en cuenta que sí es cierto que hay pruebas limitadas del uso real de estos signos por parte del solicitante en la función específica de signo distintivo (sustancialmente limitado al uso del nombre “BANKSY” en papel con membrete de los certificados de autenticación, así como aplicado al marco de algunas obras del artista, este último uso de dudosa referencia a propósitos típicos de una marca...) sin embargo, la integración de la hipótesis particular de nulidad propuesta requiere una prueba clara e indiscutible de la existencia de la intención específica de obstaculizar la competencia con respecto a la misma. productos y no querer utilizar los signos en su función distintiva.

Por lo tanto, la ausencia de suficientes pruebas que demostraran la mala fe al momento de solicitar el registro, le impidió al tribunal anular los registros.

En contraste, en un caso con hechos idénticos, la División de Cancelaciones de la EUIPO tuvo que pronunciarse respecto de la nulidad de la marca “Flower Thrower” por mala fe en su registro. A diferencia del caso italiano, la División anuló la marca al considerar que el titular de la marca de la Unión Europea nunca tuvo intención de utilizarla como marca en relación con los productos y servicios pertinentes¹⁵³. En consecuencia, se marcó un precedente según el cual la posibilidad de acumular la protección del derecho de autor con la ofrecida por el régimen marcario requiere que en efecto la obra artística cumpla con la función utilitaria de las marcas.

V. CONCLUSIONES

La obra es una forma de expresión de las ideas donde algunas de ellas tienen una finalidad de entretenimiento, otras de enriquecimiento del acervo cultural y algunas más buscan registrar conocimientos. En el caso de la obra de arte aplicado, esta se diferencia de las obras tradicionales pues si bien constituyen formas de expresión de este tipo de ideas, cuentan además con una funcionalidad. Sin embargo, la protección que el derecho de autor le ofrece a esta categoría de obras se limita al ejercicio de los derechos morales y patrimoniales. Ello excluye la posibilidad de reconocer un derecho exclusivo sobre el carácter utilitario que estas cumplen. Por esta razón, el presente escrito planteó cómo la propiedad industrial constituye la alternativa más adecuada para que el titular de estas obras pueda ampliar sus derechos exclusivos hacia el aspecto utilitario que las caracteriza. Con este propósito, se analizó el alcance de la protección que ofrecen tanto el derecho de autor como los regímenes de

153. ROSATI, Eleonora, Copyright is for losers ... and so are trade marks: Banksy's EUTM declared invalid due to bad faith. *IPKat*. London: (2020).

nuevas creaciones y de signos distintivos, para explicar así cómo puede operar la protección acumulada.

De este modo, se identificó cómo el Convenio de Berna dejó libertad a los países miembros para que establecieran su propia legislación en materia de derecho de autor para las obras de arte aplicado. Ello ha provocado que a nivel internacional existan algunos puntos en los que los países tienden a estar de acuerdo, mientras que difieren en otros. Por un lado, coinciden en temas como su definición, caracterizada por un elemento artístico y otro funcional. También, en que estas creaciones deben cumplir con los requisitos de originalidad, creación intelectual y fijación, que se piden para toda obra. Igualmente, que el alcance del derecho está delimitado por los derechos morales y patrimoniales, sin que se confiera un derecho exclusivo sobre la funcionalidad de la obra. Por el otro, la legislación frente a la obra de arte aplicado varía en cada país por cuanto algunos exigen un umbral de originalidad que la obra utilitaria debe alcanzar. Asimismo, no todos los países consideran que el aspecto artístico de estas obras deba ser considerado equivalente a una obra de arte. Esto último implica que en algunas legislaciones se reconocen menos derechos, como los Estados Unidos que las excluye de los derechos morales. En consecuencia, el alcance del derecho de autor dependerá de si la legislación equipara la obra de arte aplicado a la obra artística.

Posteriormente, se procedió a indagar cómo puede operar la protección acumulada entre el derecho de autor y la propiedad industrial. Para ello, se analizó el criterio de unidad de arte seguido principalmente por los países europeos. De acuerdo con él, la acumulación es absoluta en la medida que la obra de arte aplicado cumpla con los requisitos de originalidad y creación intelectual, además de los criterios exigidos por el respectivo régimen de propiedad industrial que se pretenda hacer valer. Aun así, exige un umbral de originalidad que la obra debe cumplir para quedar amparada por el derecho de autor.

Igualmente, se analizó el criterio de separabilidad adoptado por países como Ecuador, Colombia y los Estados Unidos. Este plantea la posibilidad de reconocer una protección acumulada sólo si es posible separar –ya sea física o conceptualmente– el aspecto artístico de la funcionalidad de la obra. En caso contrario, la protección conferida sería la que parezca más representativa de la misma.

Así las cosas, habiendo explicado que sí es posible reconocer una protección acumulada entre el derecho de autor y la propiedad industrial, se abordó el tema principal del escrito. Por lo tanto, se hizo un estudio sobre los criterios y requisitos que debe cumplir una obra de arte aplicado para que su titular

adquiera un derecho exclusivo y excluyente sobre su aspecto funcional. En él, si bien se tuvo en cuenta la perspectiva tradicional de comparar la obra de arte aplicado con el diseño industrial, se concluyó que este tipo de propiedad industrial no confiere un derecho sobre los aspectos funcionales. Por eso la protección debía provenir de las demás categorías de nuevas creaciones como las patentes de invención, las patentes de modelo de utilidad y los esquemas de trazados de circuitos integrados.

No obstante lo anterior, se encontró que la mayoría de las legislaciones en materia de patentes excluyen de su materia patentable a las obras artísticas y las creaciones estéticas. Aun así, los programas de ordenador, que también están excluidos, actualmente reciben patentes relacionadas con ellos. A partir de ahí se planteó la aplicación analógica de las estrategias empleadas en el patentamiento de estas invenciones, con el fin de formular una solución para que las obras de arte aplicado puedan ser patentadas.

Finalmente, el escrito termina explicando cómo opera el régimen de signos distintivos a través del cual las obras de arte pueden cumplir una función identificadora de productos y servicios. Para ello, se explica el alcance del derecho y la comparación entre el cotejo marcario por riesgo de confusión y el plagio en la obra artística. Igualmente, se lleva a cabo un análisis sobre las controversias que la protección acumulada puede generar con estas dos categorías de derechos.

Por consiguiente, el escrito permite evidenciar cómo el carácter funcional de las obras de arte aplicado, queda fuera del ámbito de protección del derecho de autor. Ello explica la necesidad de acudir a la propiedad industrial para ampliar el derecho a favor de su titular y sobre la funcionalidad de la obra. Se trata entonces de una protección acumulativa en la medida que se cumplan con los requisitos exigidos por cada legislación para ello.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN, Marco Matías, De las patentes de invención: Definición, requisitos y exclusiones. *Iuris Dictio*. 2001. vol. 2, n.º 4, pp. 23-30.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, El Arte Aplicado a la Industria. *Propiedad Intelectual*. 2006. vol. V, n.º 8-9, pp. 75-134.
- *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor; análisis de jurisprudencia comparada*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas/Temis, 2009.
- BÁEZ JIMÉNEZ, Diana Carolina, El Plagio, Especial Referencia a la Obra Cinematográfica. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2015. vol. 19, p. 113.

- BENTLY, Lionel, SHERMAN, Brad, BARBOSA, Denis, GRAU-KUNTZ, Karin, BASHEER, Shamnad, PUROHIT, Shashwat, REDDY, Prashant, VISSER, Coenraad, GOLD, Richard y YANN, Joly. *Exclusiones a la patentabilidad y excepciones y limitaciones a los derechos de los titulares de patentes*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual 2010), pp. 1-69.
- BENTLY, Lionel, Exclusions from patentability and exceptions to patentees' rights: taking exceptions seriously. *Current Legal Problems*. 2011. vol. 64, n.º 1, pp. 315-347.
- BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de Marcas, Marcas, designaciones y nombres comerciales*. 3.ª Ed. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- BOYTHA, György, Glosario OMPI. *Derecho de autor y conexos*. Geneva: Published by the World Intellectual Property Organization. Línea de investigación en Derecho de Autor, Propiedad Industrial y Sociedad de la Información. Ginebra: OMPI 1980).
- BREAN, Daniel H. Keeping Time Machines and Teleporters in the Public Domain: Fiction as Prior Art for Patent Examination. *Pittsburgh Journal Of Technology Law & Policy*. 2006. vol. 7, n.º Fall 2006/Spring 2007, p. 1.
- CABRERA, Karen Isabel, MONTENEGRO, Yamile Andrea y CABRERA, Eder Francisco, Protección del patrimonio cultural inmaterial a través de la Propiedad intelectual: el caso del Carnaval de Barranquilla. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2020. vol. julio-diciembre, n.º 30, pp. 49-72.
- CÁNDANO PÉREZ, Mabel, Empaquetado genérico: retos y desafíos para el derecho marcario. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2017, n.º 23, pp. 187-213.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando, Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria. *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*. 2017, n.º 55, pp. 13-58.
- CARPENTER, Megan y HETCHER, Steven, Function over Form: Bringing the Fixation Requirement into the Modern Era. *Fordham Law Review*. 2014. vol. 5, n.º 82, pp. 2221-2272.
- CASADO CERVIÑO, Alberto, *La Marca Comunitaria*. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- CASTRO GARCÍA, Juan David, *La Propiedad Industrial*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- CHATTERJEE, Mala, Conceptual Separability as Conceivability: A Philosophical Analysis of the Useful Articles Doctrine. *NYUL Rev.* 2018. vol. 93, pp. 558-588.

- DE CARVALHO, Nuno Pires, *The TRIPS regime of trademarks and designs*. 4th ed. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2018.
- DÍAZ VERA, Lina María y RENGIFO GARCÍA, Ernesto, Novedad. *Derecho de Patentes*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 139-200.
- DÍAZ VERA, Lina María, *Criterios de patentabilidad y derecho de la competencia: comparación entre la legislación estadounidense y la colombiana desde la perspectiva de la biotecnología*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- FENG, Shujie, The protection of works of applied art in China: a critical study of the current practice and preview of its development. *European Intellectual Property Review*. 2019. vol. 41, n.º 9, pp. 564-570.
- FORO ELECTRÓNICO, SCP. Exclusiones de la materia patentable. En: Anexo II revisado del documento SCP/12/3 Rev. 2: Informe sobre el Sistema Internacional de Patentes, Determinados aspectos de las legislaciones nacionales/regionales en materia de patentes. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual 2020).
- FUERCH, Michael, Dreadful Policing: Are the Semiconductor Industry Giants Content with Yesterday's International Protection for Integrated Circuits. *Richmond Journal of Law and Technology*. 2009. vol. 16, n.º 2, pp. 1-23.
- GINSBURG, Jane C, LITMAN, Jessica y KEVLIN, Mary L. *Trademark and unfair competition law: cases and materials*. 5th ed. New York: Lexis Nexis, 2013.
- GROH, Klaus. Performance Art: What Is It? *Leonardo*. 1981. vol. 14, n.º 1, pp. 37-37.
- GUERRERO GAITÁN, Manuel, *Derecho de Marcas. Teoría y práctica internacional*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Los signos notoriamente conocidos. Régimen de oponibilidad y tratamiento en el derecho comparado. *El Nuevo Derecho de Marcas: perspectiva en Colombia, Estados Unidos y Unión Europea*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016. p. 193.
 - Nivel Inventivo. *Derecho de Patentes*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 201-247.
- Guía para Examen de Solicitudes de Patentes de Invención y Modelo de Utilidad. Bogotá D.C.: Superintendencia de Industria y Comercio,, 2012.

- GUZMÁN, Diego y HERRERA, Luisa, Aplicación Industrial. *Derecho de Patentes*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 249-292.
- GUZMÁN, Diego, RENGIFO GARCÍA, Ernesto, GUERRERO GAITÁN, Manuel, CONDE, Carlos, HERRERA, Luisa y SALAS, Brenda, La corrupción en el ámbito de la propiedad intelectual. *Corrupción en Colombia: Enfoques sectoriales sobre corrupción*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia 2018, pp. 331-393.
- GUZMÁN, Diego, *Del alcance de la patente al concepto de infracción*. En: *Derecho de Patentes*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 784-839.
- *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- El Plagio en la Administración Pública. *Foro de Derecho Mercantil – Legis*. 2017. vol. Abril-Junio, n.º 55, pp. 107-125.
- HERRERA GONZÁLEZ, Héctor Camilo, Protection of video game mechanics through the patentability of software. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2019. vol. 27, n.º enero-junio 2019, pp. 69-93.
- KUBLER, George, *The shape of time: Remarks on the history of things*. New Haven & Londres: Yale University Press, 1962.
- LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. París, Bogotá, Buenos Aires: UNESCO, CERLALC, Zavalia, 1993, 2006.
- MACHADO BELTRÁN, Manuel, NÚÑEZ ROCHA, Hernán y ACOSTA, Ángela, Análisis de la Normatividad de Países Suramericanos Relacionada con los Derechos de Propiedad Intelectual Aplicables a Medicamentos. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2019, n.º 28, pp. 5-42.
- MANQUILLO ASTAIZA, Natalia Andrea, La vulnerabilidad del sector artesanal colombiano en el ámbito nacional e internacional como negocio de conocimiento tradicional. Estudio de Caso: La denominación de origen artesanal Guacamayas en el Acuerdo Comercial entre Colombia, Perú y la Unión Europea. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2019. vol. julio-diciembre, n.º 28, pp. 167-209.
- MONROY, Juan Carlos, El modo de adquisición originario de los derechos de propiedad intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2003, n.º 6, pp. 99-110.
- NORDEMANN, Axel, Berne and Beyond: Understanding International Conventions Relating to Copyright Law. *Journal of the Copyright Society of the USA*. 2011. vol. 59, p. 263.

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OMPI. Manual de la OMPI de redacción de solicitudes de patente. En: Serie sobre la gestión de activos intangibles. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI 2007).
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, *Obra Plástica y Derechos de Autor*. Madrid: Editorial Reus, S.A., 2000.
- OTERO LASTRES, José Manuel, El grado de creatividad y de originalidad requerido al diseño artístico. *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*. 2005, n.º 19, pp. 9-36.
- PAYÁN RODRÍGUEZ, Carlos Felipe, Las obras literarias y artísticas o cualquier obra protegida por el Derecho de autor. *Derecho de Patentes, Bogotá*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia 2016.
- PEÑA VALENZUELA, Daniel, La venta o cesión de un sitio de Internet desde la óptica de la propiedad intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2000, n.º 1.
- PEREDA MIRABAL, Ana María, El Droit de Suite en la legislación autoral cubana: un reclamo de los artistas de obras plásticas. *Anuario iberoamericano de Derecho del Arte 2019*. Pamplona, España: Fundación Profesor Uría, Thomson Reuters (Legal) Limited, Civitas 2020, pp. 329-415.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto, *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1996, 1997.
- RENGIFO MARTÍNEZ, Jose Daniel y MENDIETA CHAPARRO, Luisa Maria, El Bioarte a la Luz de la Propiedad Intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2019, n.º 28, pp. 107-137.
- RENGIFO, Andrés, Propiedad intelectual. Razón y justificación de las patentes. *Derecho de Patentes*. Bogotá DC: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 59-105.
- RÍOS RUIZ, Wilson R. *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC'S)*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, Editorial Temis, 2011.
- ROSATI, Eleonora, Copyright is for losers ... and so are trademarks: Banksy's EUTM declared invalid due to bad faith. *IPKat*. London: 2020).
- ROSENMEIER, Morten, SZKALEJ, Kacper y WOLK, Sanna, EU Copyright Law: Subsistence, Exploitation and Protection of Rights. Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Kluwer Law International BV, 2019.
- SALAS P., Brenda, Legal Protection of Sustainable Design in Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2020, n.º 30, pp. 73-92.

- El software o programa de ordenador y el concepto de invención patentable. *Derecho de Patentes*. Bogotá DC.: Universidad Externado de Colombia 2016, pp. 431-500.
- SAMPER, Luis Fernando, Incorporando los Riesgos del Siglo XXI en la Valuación de Marcas. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2017, n.º 24, pp. 27-51.
- SÁNCHEZ MERINO, Fredy, De la dilución marcaria y otros demonios. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2018, n.º 26, pp. 29-45.
- Marcas Farmacéuticas: Un Remedio Para Su Regulación. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 2015, n.º 19, pp. 53-76.
- SATANOWSKY, Isidro, *Derecho Intelectual*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1954.
- SEGURA CÁMARA, Pascual Marcos, Directrices para la determinación del alcance de la protección de las patentes y los modelos de utilidad en España. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. 2001, n.º 22, pp. 455-484.
- SEMPERE MASA, Iván. La protección de las formas por modelo de utilidad. *Protección jurídica de las creaciones de forma, protección concurrente y protección acumulada*. Quito: Latitud Cero Editores 2018, pp. 259-283.
- STAFF, WIPO y ORGANIZATION, WORLD INTELLECTUAL PROPERTY. *Introduction to Intellectual Property, Theory and Practice*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Kluwer Law International, 2017.
- STOOP, Rutger, STÖPETIE, Kurt y GAUQUIER, Sophie, Industrial Design Rights: Europe. *Industrial design rights: An international perspective*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV 2020, pp. 125-143.
- TRIBE, Mark y JANA, Reena, *Arte y Nuevas Tecnologías*. Barcelona: Taschen, 2006.
- VEGA, Alfredo. *Manual de Derecho de Autor*. Bogotá D.C.: Dirección Nacional de Derecho de Autor 2010).
- VELASCO ORDÓÑEZ, Pablo, El uso como elemento dinamizador de los sistemas de protección marcaria. *El Nuevo Derecho de Marcas: perspectiva en Colombia, Estados Unidos y Unión Europea*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia 2016.
- VI Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor). (1991: México). Ámbito de protección

del Derecho de Autor: La obra plástica: Dirección General de Derechos de Autor de la SEP/Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

VICENTE DOMINGO, Elena, *El droit de suite de los artistas plásticos*. Madrid: Editorial Reus, 2007.

VIDAL-QUADRAS TRÍAS DE BES, Miguel, *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*. Barcelona: JM Bosch Editor, 2005.

La restitución de obras de arte expoliadas durante la Segunda Guerra Mundial: caso David Cassirer vs. Fundación Colección Thyssen-Bornemisza F.S.P.¹

*Restitution of Works of Art Looted During World War II:
the Case of David Cassirer v. Fundación Colección
Thyssen Bornemisza F.S.P.*

TERESA BURGOS ÁVILA

*Graduada en Derecho y Relaciones Internacionales
Universidad Pontificia Comillas ICADE*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL EXPOLIO REALIZADO POR EL PARTIDO NACIONALSOCIALISTA OBRERO ALEMÁN. 1. *Planteamiento de Adolf Hitler*. 2. *Implantación en Alemania*. 3. *Extensión a Europa*. 4. “Monuments Men”: *el inicio de la restitución*. 5. *Principales disposiciones y declaraciones de intenciones*. III. RÉGIMEN ACTUAL DE RESTITUCIÓN DE OBRAS DE ARTE ROBADAS. 1. *Conceptos básicos: restitución, devolución y repatriación*. 2. *Mecanismos de restitución y devolución automática de bienes culturales*. 2.1. 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) n.º 1024/2012 (refundición). A. *Ámbito de aplicación*. B. *Procedimiento de restitución*. 2.2. Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados

1. Trabajo presentado a la VI edición del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte y seleccionado por el Jurado para su publicación (N. del E.).

o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995. A. *Ámbito de aplicación*. B. *Procedimiento de restitución*. 3. *Determinación de la propiedad de los bienes culturales que han sido objeto de tráfico ilícito internacional*. 3.1. Competencia judicial internacional. 3.2. Reglamento (UE) N.º 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). A. *El foro exclusivo de los derechos reales sobre bienes inmuebles*. B. *Los foros en materia de derechos reales sobre bienes muebles*. a) Foro de sumisión tácita. b) Foro de 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. e) Los foros para adoptar medidas provisionales y cautelares. 3.3. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. 3.4. Ley aplicable. 3.5. Posibles interpretaciones 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 de la adquisición*. 3.6. Problemas que plantea la regla *lex rei sitae*. A. *La localización fortuita del bien cultural*. B. *La inalienabilidad del bien cultural*. C. *La prescripción adquisitiva (usucapión) y la prescripción extintiva*. D. *Excepciones a la regla lex rei sitae*. E. *El artículo 29 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, “LPHE”)*. F. *El artículo 13 de la Directiva 2014/60/UE*. IV. CASO DAVID CASSIRER VS. FUNDACIÓN COLECCIÓN THYSEN-BORNEMISZA F.S.P. 1. *Rue Saint-Honoré, après midi, effet de pluie, de Camille Pissarro*. 2. *David Cassirer vs. Fundación Colección Thyssen-Bornemisza F.S.P.* 2.1. Antecedentes. 2.2. Litigio. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA. 1. *Legislación*. 2. *Jurisprudencia*. 3. *Artículos*.

Resumen

Durante la Segunda Guerra Mundial, miles de obras de arte fueron confiscadas y destinadas a colecciones privadas de mandatarios nazis o al Museo de Arte Europeo que Adolf Hitler pretendía fundar en Linz. Asimismo, miles de obras vanguardistas fueron incautadas y vendidas en el mercado de arte internacional por considerarse “degeneradas”. Como consecuencia, al finalizar el conflicto bélico fue necesario establecer un sistema de restitución basado en la cooperación interestatal. No obstante, el sistema no se diseñó para resolver cuestiones de gran complejidad y, debido a que algunas de esas obras habían sido adquiridas por cauces legales, los descendientes de los propietarios originarios continúan, a día de hoy, inmersos en complicadas batallas legales en las que reclaman la restitución de las propiedades que pertenecieron a sus ascendientes. Por ello, el objeto de este trabajo es analizar la cooperación

internacional que posibilita la determinación de los mecanismos de restitución y devolución automática, así como los tribunales competentes y la ley aplicable a la restitución de obras robadas durante el Tercer Reich. Y, en particular, estudiar el caso *David Cassirer vs. Fundación Colección Thyssen-Bornemisza F.S.P.* en la disputa por el cuadro *Rue Saint-Honoré, après midi, effet de pluie*, del pintor impresionista Camille Pissarro.

Palabras clave

Arte, expolio, nazismo, Adolf Hitler, Monuments Men, restitución, patrimonio artístico, Camille Pissarro, David Cassirer, Fundación Colección Thyssen-Bornemisza.

Abstract

During World War II, thousands of artworks were confiscated and destined to private collections of Nazi officials or to the Museum of European Art that Adolf Hitler intended to found in Linz. Thousands of vanguardist works were seized and sold in the international art market for being considered “degenerate”. As a consequence, when the war ended the creation of a restitution system based on international cooperation became necessary. However, the system was not designed to solve queries of great complexity and, given that some of those works had been acquired by legal means, the descendants of their original proprietors continue today to be immersed in complicated legal battles in which they demand restitution of property that belonged to their ascendants. Therefore, the objective of this study is to analyse the international cooperation that enables the determination of automatic restitution and devolution, and the competent courts and applicable law to the restitution of artworks stolen during the Third Reich regime. In particular, this study seeks to study the *David Cassirer v Fundación Colección Thyssen-Bornemisza F.S.P.* in the dispute over the artwork *Rue Saint-Honoré, après midi, effet de pluie*, by the impressionist painter Camille Pissarro.

Keywords

Art, looting, Nazism, Adolf Hitler, Monuments Men, restitution, artistic heritage, Camille Pissarro, David Cassirer, Thyssen-Bornemisza Foundation.

I. INTRODUCCIÓN

De las páginas siguientes se desprende la especial complejidad que reviste la resolución de conflictos como el de la restitución del Pissarro. El Holocausto ha de ser totalmente repudiado, pero la rendición de Alemania tuvo lugar en 1945. En los casi setenta y cinco años que han transcurrido desde entonces la

vida ha seguido, involucrando a tantas personas durante varias generaciones. Así pues, ¿de qué modo es posible resolver al mismo tiempo las legítimas pretensiones de todos ellos?

Asimismo, debe tenerse en cuenta que cada vez es mayor el control del mercado del arte por parte de los Estados. Hay razones penales que llevan a ello, como la evasión de impuestos, la destrucción del patrimonio histórico, la exportación ilícita o el blanqueo de capitales. Sin embargo, esto no siempre ha sido así. Sin perjuicio de que la transparencia del mercado del arte sea deseable, no podemos exigir estos criterios para épocas pasadas en las que el control de ésta y de tantas otras materias era más laxo o distinto.

Además, si bien la especial gravedad que supuso el Holocausto exige una especial reparación, en la Historia ha habido también otros genocidios con destrucción de poblaciones. ¿Hasta qué punto constituye un agravio comparativo que la especial restitución de bienes procedentes del Holocausto no se aplique también a estos otros supuestos semejantes? ¿Es equiparable a la destrucción de los monasterios budistas del Tíbet? ¿Al genocidio cultural armenio? ¿Al bombardeo de Alepo o de Palmira? Y, en tal caso, ¿hasta qué punto sería sostenible el tráfico mercantil y jurídico de obras de arte? No se está diciendo que esta especial diligencia no sea exigible, sino que se está planteando hasta qué punto es posible.

La cuestión a la que se retrotrae esta materia es a la de la misma posibilidad de existencia del mercado legal del arte. Si el control normativo es asfixiante, el mercado se tornará opaco. Si es demasiado laxo, será fácil el fraude de ley. Por lo tanto, lo razonable es entender que si el adquirente no conoció ni pudo conocer con una diligencia media la adquisición ilegítima de la obra, debe ser mantenido en su adquisición. Es cierto que esta diligencia media debe valorarse en función de las circunstancias de quien debe prestarla. Sin embargo, tampoco es exigible una diligencia extrema siempre y en todos los casos, pues esto implicaría una carga excesiva imposible de soportar. Por tanto, la cuestión debe plantearse de modo inverso: ¿hubiera comprado la obra el Barón Thyssen si hubiera conocido su incautación sin haberse cerciorado de la legitimidad de su adquisición? Pues bien, dado que era un prudente hombre de negocios, entendemos que tal posibilidad debe rechazarse.

II. EL EXPOLIO REALIZADO POR EL PARTIDO NACIONAL SOCIALISTA OBRERO ALEMÁN

1. PLANTEAMIENTO DE ADOLF HITLER

Pocos mandatarios en la Historia han dado tanta importancia a la cultura como Adolf Hitler. Sin embargo, el origen de esa inclinación continúa siendo

a día de hoy desconocido. Nació en el seno de una familia modesta, en una ciudad austríaca llamada Braunau am Inn. Su padre, Alois, era funcionario de aduanas y su madre, Klara, ama de casa. Aunque su único punto de contacto con la cultura era la escuela de Linz y el coro de la iglesia, a la edad de dieciséis años decidió abandonar los estudios y convertirse en pintor. Para ello, se trasladó a Viena y solicitó en dos ocasiones una plaza en la Academia de Bellas Artes. Tras ser rechazado, se vio obligado a pintar en la calle hasta que en 1913 partió a Múnich. Durante la Primera Guerra Mundial sirvió como correo en un regimiento de infantería bávaro en el frente occidental. Al finalizar el conflicto, fue reclutado para unirse al grupo de “funcionarios educadores” y, allí, descubrió que tenía un don para la oratoria. De esta manera, por primera vez superó su frustrada vocación artística y comenzó a plantearse un futuro diferente: sería el guardián y el guía de la cultura occidental².

Comenzó elaborando una filosofía de la cultura en la que la raza constituía la piedra angular. Desde su punto de vista, la Humanidad estaría dividida en tres categorías de hombres: creadores, conservadores y destructores de la cultura. El primer grupo estaría integrado por la raza aria, artífice de los fundamentos de todas las creaciones humanas. El segundo, por todos aquellos que adaptaran los logros de los arios a sus propias necesidades. Y, el tercero, por los judíos, carentes de cultura propia y responsables de la contaminación cultural de los demás. Asimismo, serían los judíos, junto con los comunistas y los liberales, los que habrían impulsado la aparición del llamado “arte degenerado” (*Entartete Kunst*) frente al “arte heroico alemán”³. Tal era el rechazo a los nuevos movimientos vanguardistas, que Hitler llegó a afirmar: “sesenta años atrás hubiese resultado sencillamente imposible una exposición de las llamadas expresiones dadaístas y sus organizadores habrían ido a parar a una casa de orates, en tanto que hoy, llegan incluso a presidir instituciones artísticas”⁴.

2. IMPLANTACIÓN EN ALEMANIA

La instauración de un Estado en el que la depuración racial y el predominio del arte iban de la mano se convirtió en su gran obsesión. Ya en su primer discurso al *Reichstag* afirmó que la raza sería el origen de toda creación artística y, para ello, comenzó por suprimir toda huella judía o modernista en el arte. En 1933 se promulgó la “Ley para la Restitución de la Función Pública” y, con Paul Joseph Goebbels como Ministro de Propaganda y Educación Pública,

2. SPOTTS, F., *Hitler y el poder de la estética*, trad. J. y P. Alfaya MacShane, Antonio Machado Libros, Madrid, 2011, pp. 28-33.

3. HITLER, A., *Mi Lucha*, Createspace Independent Pub, South Carolina, 2017, pp. 98-105.

4. *Ibidem*, p. 91.

se despidió a todo funcionario que no fuera considerado nacionalsocialista. Seguidamente, se creó la Cámara de Cultura del *Reich* (*Reichskulturkammer*) y se exigió ser miembro de esta organización a todo el que quisiera ejercer legalmente su profesión. En consecuencia, judíos, comunistas y liberales de todas las ramas de las artes fueron despedidos y algunos, como Albert Einstein o Thomas Mann, incluso despojados de su ciudadanía. De igual manera, en los años siguientes se purgaron teatros, auditorios, museos e instituciones académicas; se prohibieron obras musicales y repertorios teatrales; se confiscaron pinturas y esculturas; y se quemaron innumerables libros⁵.

Asimismo, cuando se consideró que el régimen estaba suficientemente implantado, se procedió a prohibir la crítica del arte. Empero, se trataba de una prohibición más bien simbólica puesto que hacía ya tiempo que los críticos más destacados habían abandonado Alemania y, los que aún permanecían allí, habían sido adoctrinados. A pesar de ello, en noviembre de 1936, Goebbels decretó que, a partir de ese momento, tan sólo se permitiría expresar la postura oficial del *Reich*: “concedí cuatro años a los críticos del arte después de nuestra toma del poder para que se adaptaran a los principios nacionalsocialistas. [...] Puesto que el año 1936 ha pasado sin mejora satisfactoria alguna en la crítica del arte, con esto estoy prohibiendo, a partir de este día, la conducta de la crítica del arte como ha sido practicada hasta la fecha. [...] El crítico de arte será reemplazado por el director de arte. En el futuro sólo se permitirá escribir crónicas sobre arte a esos directores de arte que enfoquen la tarea con un corazón puro y convicciones nacionalsocialistas”⁶.

No obstante, si bien sólo se permitía manifestar la postura oficial del régimen, ésta tampoco estaba del todo clara, puesto que la única directriz existente era la de apartar a judíos, comunistas y liberales de las instituciones culturales. Al final, todas las decisiones dependían del criterio del Führer y, por consiguiente, sus colaboradores nunca sabían a qué atenerse. Así, eran conscientes de que Hitler trataba de convencer al pueblo alemán del valor de su misión a través de logros culturales, pero no existía una planificación racional que implementara los objetivos propuestos. Pese a ello, el Führer reiteraba en sus discursos la importancia de la relación entre la cultura y el Estado, el artista y la sociedad, el arte y la política. Y, en consecuencia, en vez de integrar todos los recursos en una política coherente, se destinaban importantes fondos al desarrollo de las artes, se patrocinaban las organizaciones culturales, se apoyaba el trabajo de los pintores más jóvenes, se creaban concursos artísticos de manera periódica e incluso se eximía a los artistas de cumplir el servicio militar⁷.

5. SPOTTS, F., *Hitler y el poder de la estética*, trad. J. y P. Alfaya MacShane, Antonio Machado Libros, Madrid, 2011, pp. 58-59.

6. HINZ, B., *Art in the Third Reich*, Pantheon Books, New York, 1979, pp. 37-38.

7. SPOTTS, F., *Hitler y el poder de la estética*, trad. J. y P. Alfaya MacShane, Antonio Machado Libros, Madrid, 2011, pp. 42 y 111-121.

Por otra parte, aunque Hitler sentía un profundo rechazo hacia el arte vanguardista, tardaron varios en años en determinar qué movimientos debían considerarse degenerados y, en consecuencia, durante este período, varios museos aprovecharon para conservar sus colecciones e incluso exponerlas discretamente⁸. Con carácter general, las obras abstractas y las realizadas con posterioridad a 1850 por autores no alemanes eran condenadas. No obstante, no existía el mismo consenso en relación a determinadas corrientes artísticas. En particular, un pequeño grupo dentro del partido defendía el expresionismo como “un movimiento artístico esencialmente alemán, heredero del gótico germánico, parte del patrimonio nacional, el equivalente artístico a la revolución política nacionalsocialista”⁹. En cualquier caso, la confusión existente terminó en octubre de 1936, cuando Hitler autorizó la propuesta de Goebbels: no sólo prohibir el llamado *avant-garde*, sino hacer de ello un grandioso espectáculo público. Así, Goebbels fue autorizado a tomar lo que quisiera del arte contemporáneo alemán posterior a 1910 para organizar en Múnich la llamada “Exposición de Arte Degenerado”¹⁰.

Bajo las órdenes de Adolf Ziegler (Director de la Cámara de Artes Visuales del *Reich*) se procedió a confiscar todo el arte vanguardista de las colecciones públicas alemanas. La exposición se inauguró en julio de 1937 y el “arte degenerado” fue presentado como un conjunto de obras que insultaban a los sentidos alemanes, destruían lo que era natural y revelaban la ausencia de conocimientos artísticos adecuados. Las pinturas fueron colgadas de cualquier manera y ridiculizadas mediante eslóganes peyorativos, tales como “la naturaleza vista por mentes enfermas” o “insulto a la feminidad alemana”¹¹. Además, no sólo se incluyeron pintores extranjeros, sino que también se expusieron obras anteriores a 1910 y, entre los 112 autores elegidos, se encontraban Picasso, Munch, Chagall y Matisse. En las primeras seis semanas fue visitada por un millón de personas en Múnich y, durante su posterior recorrido por Alemania, llegó a convertirse en la exposición más popular del momento. Asimismo, simultáneamente se inauguró la “Gran Exposición de Arte Alemán” en la nueva Casa del Arte Alemán, con el objeto de confrontar los distintos estilos artísticos y concienciar al pueblo alemán de la superioridad de este último.

Una vez finalizada la exposición, las obras se amontonaron de manera provisional en un almacén de Berlín. Mientras se decidía el destino de las mismas,

8. LYNN, H., *El saqueo de Europa*, trad. H. Mariani, Ediciones Destino, Barcelona, 1996, p. 37.
9. SPOTTS, F., *Hitler y el poder de la estética*, trad. J. y P. Alfaya MacShane, Antonio Machado Libros, Madrid, 2011, pp. 196 y 208.
10. O'DONNELL, N., *A tragic fate: law and ethics in the battle over Nazi-looted art*, Ankerwycke, Chicago, 2017, pp. 4-6.
11. SPOTTS, F., *Hitler y el poder de la estética*, trad. J. y P. Alfaya MacShane, Antonio Machado Libros, Madrid, 2011, pp. 208-210.

varios dignatarios nazis se dieron cuenta del valor económico que tendrían en el extranjero y fueron a visitarlas. Entre ellos, Hermann Göring (*Reichsmarschall*) se llevó cientos de pinturas, incluyendo *Puente de piedra* de Cézanne y *Retrato del Doctor Gachet* de Van Gogh, para vender o intercambiar por pinturas alemanas para su mansión *Carinhall*¹². Si bien se intentó imponer cierto orden mediante un comité a cargo de Goebbels, una vez que Hitler liberó al Gobierno de todas las reclamaciones de compensación, se abrió el camino a un comercio desenfrenado¹³. Y de esta manera, en julio de 1938, Goebbels recogió en su informe final que “casi 16.000 obras de arte confiscadas habían sido destruidas, almacenadas, cambiadas por otras o vendidas, y que las ventas proporcionaron 10.000 libras esterlinas, 45.000 dólares americanos y 80.000 francos suizos, y los cambios por obras de maestros antiguos un valor de más de 130.000 marcos”¹⁴.

3. EXTENSIÓN A EUROPA

Pese a que se expoliaron miles de obras vanguardistas, el proyecto más ambicioso fue, sin duda, el museo de arte europeo que Hitler pretendía fundar en Linz: no sólo albergaría la propia colección de Hitler, sino también los grandes tesoros europeos. La Comisión Especial Linz (*Sonderauftrag*) se creó en 1939, pero el proyecto se mantuvo en secreto hasta 1943, momento en el que se dio a conocer en la revista de Heinrich Hoffmann (fotógrafo de Hitler), con motivo del quincuagésimo cumpleaños del Führer. La dirección del proyecto se encargó a Hans Posse (Director de la Pinacoteca de Dresde) y, tras su muerte en 1942, a Hermann Voss (Director del Museo Provincial de Nassau). De este modo, se estableció que, si bien las colecciones privadas judías podían expoliarse directamente, las obras maestras debían adquirirse conforme a lo dispuesto en el Informe *Kümmel*, un inventario en el que se identificaron todas aquellas que “por derecho” pertenecían a Alemania¹⁵. De esta manera, durante años se fueron confiscando, catalogando y almacenando las grandes colecciones de los territorios ocupados y el conjunto de obras se conoció como Reserva del Führer¹⁶.

Si bien la mayoría de los países europeos fueron saqueados, tan sólo analizaremos los puntos más relevantes a los efectos de este estudio. La anexión de

12. LYNN, H., *El saqueo de Europa*, trad. H. Mariani, Ediciones Destino, Barcelona, 1996, p. 38.

13. BARRON, S., *Degenerate Art, catálogo de exposición*, LACMA, Nueva York, 1991, p. 135.

14. BACKES, K., *Hitler und die bildenden Künste*, DuMont Reiseverlag, Berlín, 1992, p. 77.

15. EDSEL, R., *The Monuments men*, trad. D. Paradela, Ediciones Destino, Barcelona, 2012, p. 154.

16. SPOTTS, F., *Hitler y el poder de la estética*, trad. J. y P. Alfaya MacShane, Antonio Machado Libros, Madrid, 2011, pp. 236, 242.

Austria en marzo de 1938 marcó el inicio del expolio nazi en Europa. Aunque el tesoro nacional austríaco fue mayormente respetado, no sucedió igual con las colecciones privadas judías. Gracias a la información que habían ido reuniendo durante los meses previos a la invasión, Hans Posse sabía qué cuadros quería y dónde encontrarlos. En consecuencia, se confiscaron todas las posesiones de las familias judías más destacadas de Viena, entre ellos, los Gutmannn, los Bloch-Bauer y los Goldman. Para ello, se estableció un sistema a través del cual se permitía que los judíos abandonaran Austria a cambio de la cesión “voluntaria” de sus bienes a la Oficina de Emigración Judía. En realidad, se trataba de una cesión forzosa y así lo refleja un cablegrama del cónsul general estadounidense en Viena: “hay un curioso respeto por las formalidades legalistas. La firma de la persona despojada se obtiene siempre, incluso si la persona en cuestión tiene que ser enviada a Dachau¹⁷ con el fin de acabar con su resistencia”¹⁸.

Un año más tarde, finalizó la conquista de Checoslovaquia y, allí, las expropiaciones no se limitaron a la esfera judía. Los checos eran eslavos y, en consecuencia, los arios podían apropiarse de las colecciones privadas y públicas para beneficio de la raza superior. Una de las mayores pérdidas fue la de las joyas reales bohemias, las cuales, se unieron a las insignias reales del Sacro Imperio Romano Germánico, cedidas unos meses antes por Austria. De igual manera, la invasión de Polonia finalizó en 1939 pero, en este caso, no sólo no se respetó el patrimonio cultural del Estado, sino que se buscó la aniquilación de la cultura polaca. En consecuencia, no se hizo distinción alguna entre propiedades públicas, privadas o eclesiásticas. Las colecciones fueron inmediatamente incautadas, los monumentos bombardeados y las iglesias utilizadas como salones de baile. Las obras más valiosas, entre ellas las figuras del retablo de Veit Stoss, fueron directamente trasladadas a Alemania y, el resto, se almacenaron de manera provisional en el Museo Nacional de Varsovia y en el Castillo Wawel de Cracovia¹⁹.

En mayo de 1940 fueron ocupados los territorios de Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo. En Bélgica se estableció un gobierno de ocupación militar, el cual, comenzó por recuperar las compensaciones impuestas por el Tratado de Versalles. Escondidos en el Castillo de Pau, encontraron gran parte de los tesoros belgas y los trasladaron al Castillo de Neuschwanstein. Entre ellos, se llevaron los paneles laterales del Retablo de Gante de Hubert y Jan Van Eyck y *La última cena* de Dirk Bouts. Asimismo, poco antes de acabar la guerra, confiscaron las pinturas de la Iglesia de Nuestra Señora y la *Madonna* de Brujas²⁰.

17. Campo de concentración situado al noroeste de Múnich, en Baviera.

18. LYNN, H., *El saqueo de Europa*, trad. H. Mariani, Ediciones Destino, Barcelona, 1996, pp. 56-58.

19. *Ibidem*, pp. 63 y 84-93.

20. LUST, J., “The spoils of war removed from Belgium during World War II”, en Simpson, E. (ed.), *The spoils of war*, Nueva York, 1997, pp. 58-62.

Por el contrario, los Países Bajos se concibieron como una futura provincia alemana y, en consecuencia, se permitió que la población autóctona organizara sus colecciones nacionales bajo la supervisión de un *Reichskommissar* no militar: Arthur Seyss-Inquart. Con la ayuda de los alemanes, construyeron varios refugios para albergar las obras más importantes, y, al mismo tiempo, reabrieron sus museos con todo aquello que todavía estaba disponible. No obstante, si bien pudieron proteger sus tesoros nacionales, las colecciones privadas y, en particular, la colección Goudstikker, fueron requisadas a través de la *Dienststelle Mühlmann*²¹.

Si bien la ocupación de Francia también tuvo lugar en mayo de 1940, los franceses habían previsto una posible invasión y, para cuando llegaron los alemanes, habían evacuado y distribuido entre los castillos de la campiña francesa las colecciones de los museos parisinos. Aunque los traslados no siempre fueron fáciles, los conservadores se las ingeniaron para sacar miles de las obras maestras de París. De esta manera, la *Victoria de Samotracia* descendió por la escalinata del Louvre a través de un peligroso sistema de raíles de madera y poleas. La *balsa de la Medusa* de Géricault tuvo que ser desenganchada de los cables del tranvía de Versalles a lo largo del trayecto. Es más, sin la colaboración de los técnicos telefónicos que iban levantando los obstáculos a medida que avanzaba el camión, habría sido imposible que llegara a su destino. Y la *Mona Lisa* de Leonardo da Vinci fue trasladada en una camilla de ambulancia e introducida en la parte trasera de un camión sellado para garantizar una atmósfera estable. Así, aunque el conservador que la acompañaba tuvo que ser reanimado por falta de aire, la pintura llegó en perfecto estado a Chambord. En definitiva, a pesar de todas las dificultades, consiguieron salvar la mayor parte de las colecciones públicas del expolio²².

Por el contrario, la mayoría de las colecciones privadas fueron requisadas a través de la *Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg* (en adelante, “ERR”). Esta organización, compuesta por historiadores y oficiales alemanes, se convirtió en la encargada de incautar obras de arte, archivos y bibliotecas, bajo la idea de combatir el judaísmo y el comunismo. En cuestión de meses, se hizo con el control de la confiscación del arte y se puso al servicio de los altos cargos nazis. De esta manera, una vez que se clasificaban y valoraban las obras requisadas, éstas eran declaradas “propiedad del Tercer Reich” y enviadas al Museo Jeu de Paume. De entre todas las familias judías, la más perjudicada fue la familia Rothschild. No sólo eran propietarios de una de las más bibliotecas más

21. LYNN, H., *El saqueo de Europa*, trad. H. Mariani, Ediciones Destino, Barcelona, 1996, pp. 126-134.

22. EDSEL, R., *The Monuments men*, trad. D. Paradela, Ediciones Destino, Barcelona, 2012, pp. 162-163.

antiguas, sino que también poseían una de las mayores pinacotecas. Si bien escondieron parte de la colección en los castillos de la campiña y pusieron bajo la protección del Louvre el resto, la ERR consiguió hacerse con la mayoría de las obras. Jacques Jaujard (Director de los Museos Nacionales Franceses), incluso falsificó documentos acreditando que las obras habían sido donadas al Louvre antes de la declaración de guerra, pero, al final de 1941, la mayor parte de la colección había sido requisada, incluyendo *El astrónomo* de Vermeer y el *Retrato de la marquesa de Pompadour* de Boucher²³.

En 1941 tuvo lugar la ocupación de la Unión Soviética y, al igual que en Polonia, se expoliaron o destruyeron los grandes tesoros nacionales. Alfred Rosenberg (Jefe de la ERR) fue el encargado de dirigir la administración de los Territorios del Este y de promover la germanización de la zona. Para implantar el pensamiento de la raza aria, permitió la erradicación de la cultura eslava a través del saqueo de cientos de museos, palacios e iglesias. El Palacio de Catalina en Rusia constituye uno de los ejemplos más significativos: los alemanes se llevaron las decoraciones del techo, los muebles, las pinturas, la colección de iconos de Pedro I, los tapices, los libros, la colección de porcelana de Catalina II, los adornos de madera y metal de las puertas e incluso los paneles de la “Cámara de Ámbar”. De igual manera, cientos de edificios desaparecieron como consecuencia de los bombardeos. Una de las mayores pérdidas fue la ciudad medieval Gdov (Pskow), en donde se dinamitaron las iglesias más antiguas e importantes, entre ellas, las iglesias del siglo XV Torshinsk y Savvina²⁴.

Al igual que los franceses, los británicos también tuvieron la previsión de trasladar sus colecciones. Cuando comenzaron los bombardeos alemanes, las obras maestras se encontraban en refugios galeses. Aunque los edificios sufrieron importantes daños, las obras de la National Gallery, del British Museum, del Victoria and Albert Museum o del Tate pudieron ser preservadas²⁵. Además, aparte de salvaguardar su propio patrimonio, los británicos fueron un paso más allá e incidieron en la importancia de proteger el legado cultural europeo en tiempos de guerra. De esta manera, junto con los estadounidenses, crearon la subcomisión de Monumentos, Bellas Artes y Archivos (en adelante, “MFAA”). Y, de este modo, gracias a la comunidad museística representada a través de las Comisiones Roberts y Macmillan, el proyecto tomó forma a finales de 1943. En cuestión de meses, se reclutaron conservadores, directores de museos, expertos en arte e historiadores y, para resaltar la naturaleza conjunta

23. FELICIANO, H. *The Lost Museum*, Basic Books, Nueva York, 1997, pp. 33-37 y 45-50.

24. SHVIDKOI, M., “Russian cultural losses during World War II”, en Simpson, E. (ed.), *The spoils of war*, Nueva York, 1997, pp. 67-71.

25. LYNN, H., *El saqueo de Europa*, trad. H. Mariani, Ediciones Destino, Barcelona, 1996, pp. 122-125.

de la operación, uno de los británicos fue destinado al 1.º Ejército de Estados Unidos y un estadounidense al XXI Grupo del Ejército Británico²⁶.

4. “MONUMENTS MEN”: EL INICIO DE LA RESTITUCIÓN

Tal y como decretó el General Eisenhower (Comandante de las Fuerzas Expedicionarias Aliadas), la tarea inicial de los integrantes de la MFAA, los *Monuments Men*, fue la de identificar y proteger los monumentos con valor histórico-cultural: “pronto entraremos en el continente europeo para librar una batalla en defensa de nuestra civilización y, durante el avance, inevitablemente encontraremos monumentos históricos y centros culturales que a ojos del mundo simbolizan todo aquello por lo que estamos luchando. Es responsabilidad de todos los comandantes proteger y respetar estos símbolos siempre que sea posible [...] Los oficiales de Asuntos Civiles informarán a los comandantes de la localización de este tipo de monumentos históricos, tanto en la línea del frente como en las zonas ocupadas. Dicha información, junto con las instrucciones pertinentes, será transmitida por la línea de mando al personal de todas las graduaciones”²⁷. Más aún, si bien en un principio se limitaron a proteger los monumentos históricos, tras la liberación de los territorios ocupados, su misión se amplió a localizar y restituir las obras expoliadas.

En particular, fue de gran ayuda la información recopilada por Rose Valland, que trabajó como funcionaria del gobierno francés en el Museo Jeu de Paume durante la ocupación nazi. En dicho periodo, no sólo colaboró con la Resistencia, sino que elaboró un registro secreto en el que anotó el origen y el destino de todas las obras que pasaron por el Museo Jeu de Paume. Gracias a su contribución, el Subteniente James Rorimer (conservador del Museo Metropolitano de Arte de Nueva York) pudo localizar en el castillo de Neuschwanstein la documentación del ERR y gran parte de las colecciones privadas belgas y francesas. No obstante, la necesidad de encontrar el resto de obras aumentaba a medida que avanzaban las tropas. No sólo se enfrentaban a la posible desaparición de las mismas, sino a las brigadas de trofeos del Ejército Rojo²⁸. Éstas, habían sido creadas por Stalin para transportar, en concepto de reparación de guerra, cuanto fuera de valor a la Unión Soviética²⁹. Además,

26. EDSEL, R., *The Monuments men*, trad. D. Paradela, Ediciones Destino, Barcelona, 2012, pp. 81-83 y 96.

27. *Ibidem*, pp. 94-95.

28. EDSEL, R., *The Monuments men*, trad. D. Paradela, Ediciones Destino, Barcelona, 2012, pp. 248-249, 300-302 y 420.

29. Dicha política se materializó en una ley federal adoptada por la DUMA en marzo de 1997. Aunque inicialmente fue vetada por el Presidente Yeltsin, el Tribunal Constitucional Ruso confirmó su constitucionalidad mediante las decisiones de 6 de abril de 1998 y de 29 de julio de 1999.

la publicación de la Orden sobre las demoliciones en el territorio del Reich³⁰, en marzo de 1945, dio lugar a que muchos asumieran que era preferible la destrucción a la requisación de los bienes.

En consecuencia, bajo las órdenes del Teniente George Scout, los *Monuments Men* comenzaron a presionar para encontrar los depósitos nazis. En la mina de Siegen localizaron los tesoros de la Catedral de Aquisgrán, entre ellos, el busto de plata dorada de Carlomagno. En la mina de Merkers, encontraron el grueso de las reservas del tesoro nacional de Alemania. En la mina de Ransbach, hallaron las obras de los museos berlineses y parte del vestuario de la Ópera Nacional³¹. En la mina de Bernterode, descubrieron los ataúdes del *Feldmarschall* Von Hindenburg, de Federico Guillermo I y de Federico el Grande. Junto a ellos, colgaban esvásticas y estandartes militares de las antiguas guerras prusianas y de la Primera Guerra Mundial. Y, en la antigua mina de sal de Altaussee, finalmente encontraron las obras maestras destinadas al museo de Linz, entre ellas, los paneles del Retablo de Gante, la *Madona* de Brujas y *El Astrónomo* de Vermeer³². En la mayoría de los depósitos había archivos que facilitaban la identificación de los propietarios y conducían al descubrimiento de nuevos depósitos. Tras la inspección y catalogación de éstos, las obras eran embaladas y enviadas a distintos puntos de recolección. Una vez allí, se elaboraban inventarios y se devolvían a sus países de origen, donde los gobiernos debían restituírselas a sus legítimos dueños. Y, así, durante seis años la ardua tarea de recopilación recayó casi exclusivamente sobre la MFAA, la cual, luchó sin descanso por la restitución de las obras³³.

En cuanto a las colecciones privadas de los altos mandos, todos afirmaron haberlas adquirido legalmente o tener la intención de donarlas al Estado. Así, Hitler aseguró en su testamento: “[...] cuanto poseo pertenece al Partido. En el caso de que éste no existiere, al Estado; en el caso de que también éste fuere destruido, no es necesaria ninguna otra disposición por mi parte. Mis pinturas, en las colecciones que he comprado en el curso de los años, nunca han sido coleccionadas con propósitos privados, sin exclusivamente para la ampliación

30. La Orden fue publicada al final de la Segunda Guerra Mundial con el objetivo de inutilizar las infraestructuras del Reich y evitar, así, que fueran utilizadas por las fuerzas aliadas. Si bien en un principio se limitó a las infraestructuras militares, pronto se extendió a muchos más ámbitos y, por ello, comenzó a conocerse como el Decreto Nerón, en referencia a la actitud del Emperador Nerón durante el incendio de Roma en el año 64.

31. EDSEL, R., *The Monuments men*, trad. D. Paradela, Ediciones Destino, Barcelona, 2012, pp. 335, 345 y 353.

32. LYNN, H., *El saqueo de Europa*, trad. H. Mariani, Ediciones Destino, Barcelona, 1996, pp. 415-418.

33. EDSEL, R., *The Monuments men*, trad. D. Paradela, Ediciones Destino, Barcelona, 2012, pp. 462-463.

de las galerías de mi ciudad natal de Linz³⁴. Y Göring declaró en los Juicios de Núremberg: “siempre pagué por ellos o me llegaron por conductos oficiales, a través de la División Hermann Göring, que, junto con la Comisión Rosenberg, fue la que me suministró la colección de arte [...] Pero siempre tuve la intención de donar esos tesoros artísticos a un museo estatal después de fallecer o antes a mayor gloria de la cultura humana”³⁵. Así, tanto con las declaraciones de los mandatarios nazis, como con el constante flujo de bienes culturales, se puso de manifiesto la necesidad de crear un instrumento de carácter internacional que regulara la protección de los mismos.

5. PRINCIPALES DISPOSICIONES Y DECLARACIONES DE INTENCIONES

En 1943, se adoptó la Declaración Inter-aliada contra los actos de desposesión cometidos en territorio bajo ocupación o control enemigo, texto que negaba la eficacia de las confiscaciones efectuadas en los territorios ocupados y que, de ser jurídicamente vinculante, únicamente obligaría a los Estados Parte (suscrita por los gobiernos de Australia, Bélgica, Canadá, Checoslovaquia, China, el Comité Nacional Francés, Estados Unidos, Grecia, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Sudáfrica, la URSS y Yugoslavia). En 1944, en la Conferencia de Bretton Woods, conocida formalmente como la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, se trató el tema de los archivos enemigos y las propiedades robadas. En ella, se recomendó evitar cualquier transferencia de objetos de arte provenientes de los territorios ocupados, con independencia de su naturaleza pública o privada³⁶. En 1945, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg calificó como crimen de guerra el saqueo de la propiedad pública o privada y la devastación no justificada por motivos militares (art. 6 del Estatuto).

En 1954, se aprobó el Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (Convenio de La Haya), primer instrumento internacional destinado específicamente a la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado y ocupación. Y, junto con éste, se adoptaron dos protocolos: Primer Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 14 de mayo de 1954 y Segundo Protocolo para

34. Adolf HITLER, “Last Will and Testament”, 30 de abril de 1945, RG 238, entrada 1 NM-66, Consejo Estadounidense para el Procesamiento de los Crímenes del Eje, caja 189, F: 3569-PS, NARA.

35. GOLDENSOHN, L., *Las entrevistas de Núremberg*, Taurus, Barcelona, 2004, p. 186.

36. PÉREZ-PRAT, L., “Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional” en Pérez-Prat, L. y Fernández Arribas, G. (eds.), *Holocausto y bienes culturales*, Publicaciones UHU, Huelva, 2019, pp. 22-23.

la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1999³⁷. En 1970 se aprobó 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 (Convención de la UNESCO) y, en 1995, se complementó con el Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995.

En 1993, la Unión Europea adoptó 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 miembro³⁸. En 1998 se celebró la Conferencia de Washington sobre los bienes de la Era del Holocausto. Tras el colapso de la URSS y el final de la Guerra Fría, las principales organizaciones judías (*World Jewish Congress* y *World Jewish Restitution Organization*, en adelante “WJC” y “WJRO”, respectivamente) aprovecharon el interés generado en relación a la restitución del arte expoliado e impulsaron la adopción de los Principios sobre Arte confiscado por los Nazis³⁹. Estos principios, de carácter

37. SAN MARTÍN, M., “La acción normativa de la UNESCO y sus órganos asesores en el ámbito de la protección de los bienes culturales”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n.º 8, 2016, pp. 10-50.

38. Actualmente 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) n.º 1024/2012 (refundición), transpuesta en España por la Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea (BOE núm. 93, de 19 de abril de 2017).

39. *Principles on Nazi-Confiscated Art, released in connection with the Washington Conference on Holocaust-Era Assets*, Washington, DC, December 3, 1998:

“In developing a consensus on non-binding principles to assist in resolving issues relating to Nazi confiscated art, the Conference recognizes that among participating nations there are differing legal systems and that countries act within the context of their own laws.

1. Art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted should be identified.
2. Relevant records and archives should be open and accessible to researchers, in accordance with the guidelines of the International Council on Archives.
3. Resources and personnel should be made available to facilitate the identification of all art that had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted.
4. In establishing that a work of art had been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, consideration should be given to unavoidable gaps or ambiguities in the provenance in light of the passage of time and the circumstances of the Holocaust era.
5. Every effort should be made to publicize art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted in order to locate its pre-War owners or their heirs.
6. Efforts should be made to establish a central registry of such information.
7. Pre-War owners and their heirs should be encouraged to come forward and make known their claims to art that was confiscated by the Nazis and not subsequently restituted.
8. If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis and not subsequently restituted, or their heirs, can be identified, steps should be taken expeditiously to

no vinculante, se organizaron en torno a tres ideas fundamentales: (i) la identificación de los bienes culturales expoliados por los nazis; (ii) el fomento de la presentación de reclamaciones; y (iii) el alcance de soluciones justas y equitativas⁴⁰. En línea con los mismos, el Consejo Internacional de Museos (en adelante, “ICOM”) publicó en 1999 las Recomendaciones sobre la restitución de las obras de arte robadas pertenecientes a judíos⁴¹.

En 1999 la Unión Europea adoptó la Resolución 1205 (1999), relativa a los bienes culturales expoliados a los judíos. Si bien es cierto que tampoco constituyó una decisión con carácter vinculante, el grado de concreción fue mucho mayor y la invitación a un cambio legislativo mucho más explícita. Además, por primera vez se hizo referencia al papel jugado por la antigua Unión Soviética tras la caída del Tercer Reich y se planteó la convocatoria de una conferencia europea con el objeto de establecer cierta continuidad. Así, en el año 2000 se organizó una conferencia en Lituania (Declaración de Vilna) y en 2009 otra en la República Checa (Declaración de Tezerín). A través de estas conferencias se recordó la importancia de los Principios de Washington y la necesidad de alcanzar soluciones justas y equitativas. Para conseguir dichos objetivos, se hizo un llamamiento a que gobiernos y museos compartieran la información necesaria para localizar y restituir las obras de arte expoliadas⁴². Asimismo, también en el año 2009, la UNESCO publicó el Proyecto de Declaración de principios sobre los objetos culturales desplazados en relación con la Segunda Guerra Mundial.

Finalmente, en 2018 se aprobó la Declaración conjunta de Alemania y Estados Unidos sobre la implementación de los Principios de Washington de 1998 y en 2019 la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de enero de 2019, sobre solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras. Si bien ésta última se

achieve a just and fair solution, recognizing this may vary according to the facts and circumstances surrounding a specific case.

9. *If the pre-War owners of art that is found to have been confiscated by the Nazis, or their heirs, cannot be identified, steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution.*
10. *Commissions or other bodies established to identify art that was confiscated by the Nazis and to assist in addressing ownership issues should have a balanced membership.*
11. *Nations are encouraged to develop national processes to implement these principles, particularly as they relate to alternative dispute resolution mechanisms for resolving ownership issues”.*
40. PÉREZ-PRAT, L., “Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional” en Pérez-Prat, L. y Fernández Arribas, G. (eds.), *Holocausto y bienes culturales*, Publicaciones UHU, Huelva, 2019, pp. 25-26.
41. TORRECUADRADA, S., “Las obras de arte del Estado y su inmunidad”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017, pp. 401-426.
42. PÉREZ-PRAT, L., “Holocausto, bienes culturales y la acción normativa de la comunidad internacional” en Pérez-Prat, L. y Fernández Arribas, G. (eds.), *Holocausto y bienes culturales*, Publicaciones UHU, Huelva, 2019, pp. 28-32.

centra en evitar la destrucción del patrimonio cultural en Siria e Irak, también incluye varias disposiciones relativas al tratamiento de los bienes culturales expoliados a los judíos durante la Segunda Guerra Mundial. De esta manera, recuerda que quedan por devolver unas 100.000 obras de las 650.000 que se robaron, conforme a los últimos datos aportados por la WJRO e incide en los principales obstáculos a la restitución, entre ellos, la no retroactividad de las normas de los convenios internacionales sobre bienes culturales y las previsiones relativas a la prescripción extintiva⁴³.

No obstante, si bien la labor realizada por la MFAA fue de incalculable valor y las disposiciones adoptadas facilitaron en gran medida el proceso de restitución, hoy en día miles de obras continúan desaparecidas. Uno de los casos más significativos es el del cuadro *Retrato de un muchacho* de Rafael, el cual fue incautado en Polonia a la familia Czartorysky. Aunque es posible que haya sido destruido, también es muy probable que se encuentre oculto en algún lugar. Así, con el objeto de localizar las obras y agilizar el proceso de restitución, se han impulsado varias iniciativas. Entre ellas, han sido de gran utilidad las bases de datos creadas por las organizaciones *Claims Conference* y WJRO; así como la puesta en marcha, por parte del Gobierno francés, de la misión de investigación y restitución de bienes culturales expoliados entre 1933 y 1945, la cual, facilita la identificación de los legítimos propietarios y la consiguiente restitución, todo ello en colaboración con la Comisión para la Indemnización de Víctimas de Explotaciones y el Centro Alemán de Obras de Arte Desaparecidas⁴⁴. En definitiva, tal y como indica la última propuesta de resolución del Parlamento Europeo relativa a esta cuestión, se debe instar a “los Estados miembros y a los países candidatos a que hagan todos los esfuerzos necesarios para adoptar medidas destinadas a garantizar la creación de mecanismos que favorezcan el retorno de los bienes”⁴⁵.

III. RÉGIMEN ACTUAL DE RESTITUCIÓN DE OBRAS DE ARTE ROBADAS

1. CONCEPTOS BÁSICOS: RESTITUCIÓN, DEVOLUCIÓN Y REPATRIACIÓN

El concepto de restitución es aplicable a los supuestos de saqueo de obras de arte en tiempos de guerra (robo cualificado) y en tiempos de paz (robo ordinario). El fundamento reside en el incumplimiento de las normas,

43. *Ibidem*, p. 35.

44. AYUSO, S., “Francia redobla los esfuerzos para devolver las obras expoliadas a judíos”, *El País*, 6 de junio de 2019 (disponible en https://elpais.com/cultura/2019/06/06/actualidad/1559835598_007230.html; última consulta 10/10/2019).

45. Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, sobre solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras (2017/2023 (INI)).

universalmente reconocidas, que prohíben el robo y el pillaje. En el caso de robo cualificado, el objetivo de la restitución es restablecer el *statu quo* previo a las hostilidades. En consecuencia, primero deben recuperarse los bienes culturales objeto del pillaje o robo y, en caso de no ser posible, se debe proceder a la restitución en especie. En cuanto al concepto de devolución, es empleado actualmente por la UNESCO en dos supuestos: bienes culturales procedentes de las colonias y bienes culturales ilegalmente exportados, esto es, trasladados en contra de las normas nacionales de exportación. Por último, el concepto de repatriación se fundamenta en la preservación del patrimonio artístico, histórico y arqueológico de la nación. Así, este concepto se aplica a los supuestos en los que se reclama el retorno de un bien a su país de origen o al grupo étnico al que pertenecía (pueblos indígenas, generalmente). Por lo tanto, si bien los tres conceptos implican el regreso de un bien cultural, responden a causas muy diferentes: hablamos de restitución en el caso de conflicto bélico o de robo; de repatriación en el de bienes afectados por cesiones territoriales o desmembramientos de Estados multinacionales; y de devolución en el de exportaciones ilegales y bienes procedentes de colonias⁴⁶.

2. MECANISMOS DE RESTITUCIÓN Y DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE BIENES CULTURALES

Los mecanismos de restitución y devolución automática son la Directiva 2014/60 UE⁴⁷ (en adelante, “Directiva”) y el Convenio de UNIDROIT de 24 de junio de 1995⁴⁸ (en adelante, “Convenio”). La primera es aplicable en los territorios de los Estados miembros de la Unión Europea y el segundo exige la firma o adhesión del Estado en cuestión al tratado. Si bien ambos carecen

46. SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., “Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas” en Sánchez Aristi R. (coord.), *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2015, pp. 292-295.

47. Tal y como se ha mencionado *supra*, la Directiva 2014/60 UE sustituye a 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 y ha sido transpuesta en España por la Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea (BOE núm. 93, de 19 de abril de 2017).

48. El Convenio de UNIDROIT complementa 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. Así, mientras que la Convención se centra en la actuación de los Estados en el ámbito del Derecho Internacional Público, el Convenio contempla también las reclamaciones realizadas por sujetos particulares.

de efectos retroactivos y son exigibles desde su entrada en vigor, la Directiva permite que los Estados miembros contemplen las solicitudes de restitución anteriores al 1 de enero de 1993 (art. 15) y el Convenio prevé la posibilidad de ser empleado subsidiariamente en caso de existir convenios bilaterales entre Estados parte o normativa más favorable para la restitución o devolución (art. 9). Pero, en cualquier caso, operan en una fase previa a la determinación del legítimo propietario⁴⁹. Es decir, se limitan a garantizar la restitución/devolución del bien cultural robado o ilegalmente exportado y dejan la cuestión de la propiedad en manos de las normas de derecho internacional privado de cada Estado⁵⁰.

2.1. 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) n.º 1024/2012 (refundición)

A. Ámbito de aplicación

La Directiva se aplica a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro (art. 1): el bien cultural debe estar clasificado como “patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional” por un Estado miembro (art. 2.1); y debe de haber salido violando las disposiciones nacionales o comunitarias de exportación o no haber regresado en el plazo establecido en su permiso de salida (art. 2.2). Por lo tanto, los bienes culturales robados únicamente serán amparados por la Directiva en tanto en cuanto sean objeto de exportación ilegal⁵¹.

B. Procedimiento de restitución

Para garantizar la restitución del bien cultural, se exige que cada Estado miembro designe una o varias autoridades centrales con el objeto de canalizar la cooperación entre Estados (art. 4). Éstas utilizarán el Sistema de Información

49. MARTÍNEZ, C., “La adquisición a *non domino* de bienes culturales” en *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2017, p. 360.

50. Mientras que el Convenio elude el tema, la Directiva especifica que “la propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la legislación interna del Estado miembro requirente” (art. 13). En el caso de España, la Ley 1/2017 establece que serán competentes los juzgados del orden civil y que serán de aplicación los artículos 437 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”).

51. En España, dicha potestad se ejercerá conforme a lo dispuesto en la Ley 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, “LPHE”).

del Mercado Interior, previsto en el Reglamento (UE) n.º 1024/2012⁵², para facilitar la comunicación entre los Estados miembros⁵³.

El Estado miembro requirente será aquél de cuyo territorio haya salido de forma ilegal el bien cultural (art. 3.3) y el Estado miembro requerido aquél en cuyo territorio se encuentre (art. 3.4). El poseedor será la persona que tenga la posesión material del bien cultural por cuenta propia (art. 3.6.) y el tenedor el que la tenga por cuenta ajena (art. 3.7). Así, el Estado miembro requirente podrá presentar contra el poseedor y, en su defecto, contra el tenedor una solicitud de restitución ante los tribunales competentes del Estado miembro requerido (art. 6). Cabe señalar que, debido a que la demanda tan sólo puede ser interpuesta en el Estado donde se encuentra el bien, la Directiva no contempla expresamente la adopción de medidas provisionales o cautelares.

El plazo para interponer la demanda⁵⁴ será de tres años computados desde el momento en que el Estado requirente conozca la identidad del poseedor/tenedor y el paradero del bien (plazo de prescripción relativa); y, en cualquier caso, de treinta años computados desde la exportación ilegal del bien (plazo de prescripción absoluta). Empero, existen dos excepciones: las colecciones públicas y las colecciones eclesiásticas que estén nacionalmente protegidas. En estos casos, el ejercicio de la acción de restitución prescribirá en un plazo de al menos setenta y cinco años, salvo en los Estados miembros donde la acción sea directamente imprescriptible o hayan establecido plazos superiores mediante acuerdos bilaterales (art. 8.1).

En cuanto a la indemnización de terceros, una vez ordenada la restitución, el tribunal competente del Estado miembro requerido concederá al poseedor una indemnización equitativa en función de las circunstancias del caso siempre y cuando éste pruebe que ha actuado con la diligencia debida en el momento de la adquisición (art. 10). No obstante, tan sólo en el caso de la exportación ilegal estará el Estado miembro requirente obligado a correr con los gastos derivados de la ejecución de la devolución del bien cultural. Ello sin perjuicio del ulterior derecho de reembolso exigible a las personas responsables de la salida ilegal (arts. 11 y 12).

52. Reglamento (UE) n.º 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”).

53. SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., “Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas” en Sánchez Aristi R. (coord.), *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2015, p. 302.

54. La actual Directiva ha aumentado de manera significativa el plazo de prescripción relativa, ya que la Directiva 93/7/CEE establecía el plazo de un año computado a partir del momento en que el Estado miembro tuviera conocimiento del paradero del bien.

2.2. Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995

A. *Ámbito de aplicación*

El Convenio se aplica a las demandas de carácter internacional en los casos de robo (restitución) y exportación ilegal (devolución) de bienes culturales (art. 1). Si bien el Convenio no establece un concepto de demanda internacional, distingue dos tipos de situaciones: (I) bienes culturales localizados en un Estado distinto al de origen; y (II) bienes culturales localizados en el Estado de origen. Y, así, el criterio que determina la internacionalidad de la demanda es el “cruce de frontera internacional”. En cuanto al concepto de bien cultural, se establece un doble requisito (art. 2): (I) debe revestir importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia por razones religiosas o profanas; y (II) debe pertenecer a alguna de las categorías enumeradas en el Anexo al Convenio⁵⁵.

En relación a la restitución de bienes culturales robados, el Convenio exige que dichos bienes: (I) procedan de una excavación ilegal (o legal siempre que sean retenidos ilegalmente); y (II) que el Derecho del Estado en el que ha sido realizada la excavación considere que se ha producido un robo (art. 3). En relación a la devolución de bienes ilegalmente importados, el Convenio

55. “Anexo:

- 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, sabias, 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 de más de cien años, como inscripciones, monedas y sellos grabados.
- f) Objetos de interés etnológico.
- g) Bienes de interés artístico, tales como: (I) cuadros, pinturas y dibujos realizados enteramente a mano sobre cualquier soporte y con cualquier material (a excepción de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano); (II) obras originales de la estatuaría y la escultura en cualquier material; (III) grabados, estampas y litografías originales; (IV) construcciones y montajes artísticos originales en cualquier material.
- h) Manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de especial interés (histórico, artístico, científico, literario, etc.), por separado o en colecciones.
- i) Sellos de correos, timbres fiscales y similares, por separado o en colecciones.
- j) Archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos.
- k) Muebles con más de cien años e instrumentos de música antiguos”.

exige: que la exportación revista una importancia cultural significativa para el Estado o que menoscabe de forma significativa alguno de los siguientes intereses: (I) la conservación material del bien o de su contexto; (II) la integridad de un bien complejo; (III) la conservación de la información, en particular de carácter científico o histórico, relativa al bien; o (IV) la utilización tradicional o ritual del bien por una comunidad autóctona o tribal (art. 5). Además, en el caso de la exportación ilegal, el Convenio excluye los bienes culturales que hayan dejado de ser ilegales en el momento de la demanda y los que se hayan exportado en vida de la persona que los creó o durante los cincuenta años siguientes al fallecimiento del mismo (art. 7).

B. Procedimiento de restitución

En el caso de robo, el Convenio será de aplicación cuando la sustracción tenga lugar después de la entrada en vigor del mismo Estado en el que se presenta la demanda (art. 10). En el caso de exportación ilegal, tan sólo estarán legitimados para exigir la devolución los Estados contratantes (art. 5.1): cuando el bien haya salido de un Estado contratante violando sus normas de exportación (art. 1.b); o cuando no haya regresado en el plazo establecido en su permiso de salida (art. 5.2). Además, mientras que en el caso del robo el Convenio prevé una acción automática de restitución (art. 3), en el caso de la exportación ilegal no será suficiente la mera violación de las normas de protección del Estado de origen para ordenar la devolución. El Convenio exige que se trate de un bien de importancia cultural significativa o que la exportación suponga un perjuicio significativo de ciertos intereses (art. 5.3).

La solicitud de restitución o devolución podrá presentarse: (I) directamente, ante los tribunales o autoridades competentes; (II) a través de una autoridad designada para recibir esas demandas y transmitir las a los tribunales o autoridades competentes; o (III) por vía diplomática o consular (art. 16). Cada Estado miembro deberá determinar cuál será el procedimiento a seguir y, en el caso de España, se ha establecido que la solicitud se presente a través del Ministerio de Cultura. Asimismo, el Convenio prevé la posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales u autoridades competentes de un Estado contratante distinto de aquél en que se encuentra el bien cultural y, en consecuencia, también establece la posibilidad de adoptar medidas provisionales o preventivas para evitar que se eluda el procedimiento de restitución (art. 8).

El plazo para interponer la demanda será de tres años computados desde el momento en que se conozca la identidad del poseedor y el paradero del bien; y, en cualquier caso, de cincuenta años computados desde el momento del robo o de la exportación ilegal (art. 3.3). Empero, existen dos excepciones: las colecciones públicas y los bienes culturales que formen parte de un

monumento o yacimiento arqueológico identificado (art. 3.4). En estos casos, el Estado contratante podrá declarar en el momento de la firma, ratificación, aceptación o adhesión al Convenio que el ejercicio de la acción de restitución prescribe en un plazo de al menos setenta y cinco años (art. 3.5)⁵⁶.

En relación a la indemnización de terceros, el Convenio prevé una compensación justa y razonable por la restitución o devolución del bien cultural, siempre que el poseedor “no supiera ni hubiera debido razonablemente saber que el bien era robado y pueda probar que actuó con la diligencia debida cuando adquirió el bien” (art. 4.1 y 6.1). Además, en el caso de exportación ilegal, se establece una alternativa al pago de la indemnización con el objeto de salvaguardar los intereses del tercero que actuó de buena fe y proporcionar al Estado de origen una forma menos gravosa de conservar el bien. Así, el Estado requirente podrá permitir que el poseedor conserve la propiedad del bien o que la transfiera a una persona que resida en su territorio (art. 6.3).

3. DETERMINACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES CULTURALES QUE HAN SIDO OBJETO DE TRÁFICO ILÍCITO INTERNACIONAL

3.1. Competencia judicial internacional

La competencia judicial internacional se determinará con arreglo a los instrumentos legales internacionales que se encuentren en vigor en España (arts. 21 de la Ley Orgánica 6/1985, 1 de julio, del Poder Judicial [en adelante, “LOPJ”] y 96.1 de la Constitución Española [en adelante, “CE”]) y, en caso de no resultar aplicables, se establecerá con arreglo a lo dispuesto en las normas de producción interna (art. 22 LOPJ).

3.2. Reglamento (UE) N.º 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)

El principal instrumento en la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales de la Unión Europea es el Reglamento 1215/2012 (en adelante, “Reglamento”), el cual, contempla un foro específico en materia de derechos reales sobre aquellos bienes culturales que encajen en la definición de la Directiva 2014/60/UE.

56. En España, conforme a los artículos 28 y 29 LPHE, la acción de restitución de un bien cultural perteneciente al patrimonio cultural del Estado es imprescriptible.

A. *El foro exclusivo de los derechos reales sobre bienes inmuebles*

Conforme al Reglamento, en los litigios relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles, serán competentes con carácter exclusivo los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre situado el bien (art. 24). En consecuencia, el tribunal del Estado, en cuyo territorio no se encuentre el bien cultural, deberá declararse incompetente de (art. 27). En base a lo expuesto, si se deniega el reconocimiento o *exequátur* de la resolución extranjera que determina la propiedad del bien cultural inmueble, se produce una vulneración de las competencias exclusivas de los Estados miembros⁵⁷.

Ahora bien, la distinción entre bienes muebles e inmuebles no es unánime en Derecho comparado y la calificación del bien cultural determina la competencia judicial internacional. La movilización o inmovilización del mismo puede plantear problemas, ya que lo habitual es que la porción separada del bien inmueble no se encuentre en el mismo Estado. De esta manera, si el bien cultural se conceptúa como inmueble, serán exclusivamente competentes los tribunales del Estado miembro en que se encuentre el conjunto al que pertenece la porción separada. Sin embargo, si dicha porción se califica como mueble, la competencia judicial internacional podrá ser adquirida por otros Estados miembros en virtud de los foros establecidos en el Reglamento⁵⁸.

Para determinar la naturaleza mueble o inmueble del bien cultural y resolver el problema expuesto, se plantean varias soluciones: (I) conforme a la *lex fori*, el tribunal ante el que se presenta la demanda analizará si es competente para conocer del asunto acudiendo a las normas materiales del ordenamiento del foro⁵⁹. Es una solución inusual en los sistemas de Derecho Internacional Privado puesto que plantea problemas en relación al reconocimiento o *exequátur* de la resolución extranjera que decide la propiedad del bien cultural; (II) conforme a la *lex causae* o “tesis Schlosser”, el tribunal ante el que se presenta la demanda acudirá a las normas de conflicto que su Derecho Internacional

57. CAAMINÁ DOMÍNGUEZ, C., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, COLEX, Madrid, 2007, pp. 203-204.

58. SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., “Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas” en Sánchez Arísti R. (coord.), *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2015, p. 309.

59. En virtud del artículo 14 LPHE, “tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos”.

Privado contempla en materia de derechos reales⁶⁰. No obstante, no cabe aplicar esta tesis cuando la *lex causae* varía en función de la naturaleza mueble o inmueble del bien. En estos supuestos habría dos *leges causarum* y el tribunal no podría decidir entre una u otra para determinar la naturaleza del bien; y (III) conforme a la teoría de la interpretación autónoma del Reglamento, sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”), existe un único concepto de bien mueble e inmueble para todos los Estados miembros. Así, cuando una porción del bien inmueble se separa del mismo y es trasladada a otro Estado, la estrecha vinculación entre el bien y el Estado se desvanece. El Estado únicamente proyecta su soberanía sobre los bienes situados en su territorio y, en consecuencia, a efectos de determinar la competencia judicial internacional, el bien pasa a ser considerado mueble⁶¹.

B. Los foros en materia de derechos reales sobre bienes muebles

El Reglamento establece un foro especial en materia de litigios relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles. Así, el órgano jurisdiccional competente vendrá determinado 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 demandado⁶².

a) Foro de sumisión tácita

Las partes podrán designar los tribunales competentes mediante sumisión tácita. Esto es, mediante la comparecencia del demandado sin impugnación de la competencia del tribunal (art. 26).

b) Foro de sumisión expresa

Con independencia de su domicilio, las partes podrán designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica. Además,

60. Conforme al artículo 10.1 CC, “la posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen”.

61. CARRILLO, B., “Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y derecho internacional privado”, *Anales de Derecho*, n.º 19, 2001, pp. 216-218.

62. SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., “Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas” en Sánchez Arísti R. (coord.), *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2015, p. 311.

se faculta a dicho órgano para que analice si el pacto de sumisión es o no nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho del Estado miembro (art. 25.1).

c) Foro del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda

Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro cuando se ejercite una acción civil, basada en el derecho de propiedad, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se encuentre el bien cultural que se pretende recuperar⁶³. La incorporación de este foro pretende que, en virtud de los mecanismos de restitución automática (la Directiva 2014/60/UE y el Convenio de UNIDROIT de 24 de junio de 1955), los bienes culturales se encuentren en sus territorios de origen en el momento de interponer la demanda para que puedan aplicarse las normas nacionales que salvaguardan el patrimonio del Estado en cuestión.

d) Foro del domicilio del demandado

En defecto de sumisión (tácita o expresa) y en alternancia con el foro de especialidad, será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el demandado se encuentre domiciliado. Así, el foro del domicilio del demandado opera con independencia del lugar donde se encuentre el bien cultural y, en consecuencia, será necesario dotar de validez extraterritorial a la resolución dictada por el órgano jurisdiccional del domicilio del demandado⁶⁴.

e) Los foros para adoptar medidas provisionales y cautelares

Para evitar que se vea frustrada la ejecutividad de la resolución que ponga fin al litigio, es habitual solicitar medidas cautelares o provisionales. Para muchos, estas medidas se han convertido en una *conditio sine qua non* para alcanzar el objetivo perseguido con la reclamación de la propiedad del bien cultural⁶⁵. Así, toda resolución con fuerza ejecutiva conlleva la posibilidad de aplicar las medidas cautelares previstas en la legislación del Estado miembro

63. El bien cultural debe ajustarse a la definición establecida en el artículo 1.1 de la Directiva 93/7/CEE (artículo 2.1. de la actual Directiva 2014/60/UE).

64. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, COLEX, Madrid, 2007, p. 213.

65. FUENTES CAMACHO, V., *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Eurolex, Madrid, 1993, p. 85.

requerido⁶⁶ (art. 40) y existen dos posibilidades para la adopción de las mismas (art. 35): (I) solicitar las medidas ante el órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto; o (II) crear un foro de competencia judicial internacional directa y solicitar las medidas ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se encuentre el bien cultural robado⁶⁷.

3.3. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

En defecto de instrumentos internacionales legales aplicables, la competencia judicial se determinará conforme a lo dispuesto en las normas de producción interna. En concreto, los tribunales españoles cuentan con los siguientes foros: el foro exclusivo en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 22.1 LOPJ), el foro de la sumisión expresa o tácita de las partes (art. 22.2 LOPJ), el foro del domicilio del demandado (art. 22.2 LOPJ) y el foro especial por razón de materia (art. 22.3 LOPJ). Además, en relación a la adopción de medidas provisionales o cautelares, los tribunales españoles serán competentes cuando el bien cultural sobre el que vaya a recaer la medida se encuentre en España (art. 22.5 LOPJ)⁶⁸.

3.4. Ley aplicable

La resolución del litigio varía notablemente en función del Derecho material que resulte aplicable. Como regla general, los ordenamientos no protegen al adquirente de mala fe, al menos mientras no haya transcurrido el plazo para la adquisición del bien por prescripción adquisitiva⁶⁹. Sin embargo, en el caso del adquirente de buena fe habrá que atender al Derecho interno de cada Estado. Así, el Derecho romano y el germánico fueron los primeros en establecer los principios básicos en materia de reivindicación mobiliaria. El Derecho romano desarrolló el concepto de adquisición por usucapión a partir de las

66. Conforme al artículo 727 LEC, cuando la medida se solicite ante un tribunal español, serán especialmente relevantes: el embargo preventivo, el depósito, la formación de inventarios (especialmente cuando se litiga por la propiedad de una colección) y la prohibición temporal de llevar a cabo actos de disposición sobre el bien.

67. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, COLEX, Madrid, 2007, pp. 216-218.

68. SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., "Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas" en Sánchez Arísti R. (coord.), *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2015, p. 314.

69. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, COLEX, Madrid, 2007, p. 223.

máximas *nemo in alium plus iura transferre potest quam ipse habet*⁷⁰ y *ubi rem mea invenio, ibi vindico*⁷¹. Por su parte, el Derecho germánico optó por endurecer las condiciones exigidas al propietario para reclamar la propiedad del bien: limitó el plazo de ejercicio de la acción (prescripción extintiva) y exigió, en determinados casos, el pago al tercero de una indemnización⁷².

En la actualidad, distinguimos tres sistemas en función del tratamiento que en los Derechos internos recibe el adquirente de buena fe: (I) los países del *civil Law* se caracterizan por proteger al adquirente de buena fe; (II) los países del *common Law* por proteger al propietario originario; y (III) los sistemas intermedios tratan de alcanzar un equilibrio entre los intereses del adquirente de buena fe y el propietario originario estableciendo, por ejemplo, plazos para ejercer la acción reivindicatoria o indemnizando al tercero que ha adquirido el bien en determinadas condiciones. En el Derecho interno español, el propietario originario podrá ejercitar la acción reivindicatoria en el plazo de seis años (art. 1962 del Código Civil [en adelante, “CC”]). No obstante, el poseedor podrá alegar que ha adquirido el bien por usucapión ordinaria siempre que lo haya poseído de manera ininterrumpida durante un plazo de tres años (art. 1955.1 CC). Para ello, no se requiere justo título puesto que “la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título” (art. 464.1 CC)⁷³.

Al no existir una norma de conflicto específica en los litigios relativos a la propiedad de los bienes culturales, es necesario acudir a la norma de conflicto general en materia de derechos reales sobre bienes muebles. Actualmente, la mayoría de los ordenamientos optan por aplicar la *lex rei sitae* y, en esta línea, el Derecho Internacional Privado español establece que “la propiedad de los bienes muebles e inmuebles se rige por la ley del lugar donde se hallen” (art. 10.1 CC).

3.5. Posibles interpretaciones de la regla “*lex rei sitae*”

A. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de su reivindicación

El poseedor del bien cultural, ya sea el tercero que lo ha adquirido o el propietario originario⁷⁴, es el que tiene el poder de decisión. Por ello, ante una eventual demanda, lo habitual es que el poseedor traslade el bien cultural

70. Un sujeto no puede transmitir más derechos de los que tiene.

71. El propietario puede ejercitar una acción reivindicatoria contra aquél poseedor que tenga el bien en su poder.

72. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, COLEX, Madrid, 2007, p. 224.

73. SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., “Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas” en Sánchez Arísti R. (coord.), *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2015, p. 317.

74. Tras haber prosperado una acción de restitución ejercitada en virtud de los mecanismos de restitución automática previamente analizados.

al Estado cuya legislación le sea más favorable. De esta manera, los terceros suelen trasladar el bien a un país del *civil law* y los propietarios a un país del *common law*. Uno de los ejemplos más paradigmáticos es el caso Koerfer *vs.* Goldschmidt. El Sr. Goldschmidt abandonó Alemania debido a las políticas del régimen nazi. Durante su ausencia su colección fue subastada en Berlín y adquirida por un coleccionista suizo llamado Koerfer. Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, el Sr. Goldschmidt reivindicó la propiedad de las obras ante los tribunales suizos y, éstos, aplicaron la Ley suiza como *lex rei sitae* en el momento de la reclamación. Conforme al artículo 728 del Código Civil suizo, el tercero de buena fe se convierte en propietario de las obras tras cinco años de posesión de las mismas. En consecuencia, el Sr. Goldschmidt no pudo recuperar la colección por haber transcurrido el plazo⁷⁵.

B. Ley del lugar de situación del bien cultural en el momento de la adquisición

La adquisición es el momento jurídico más relevante y, por ello, esta postura se ha convertido en la tesis mayoritaria. A título de ejemplo cabe mencionar el caso DeWeerth *vs.* Baldinger. Durante la Segunda Guerra Mundial, la Sra. DeWeerth envió al sur de Alemania la obra *Campos de trigo de Vetheuil* de Monet. La pintura desapareció con la llegada de las tropas estadounidenses y la Sra. DeWeerth desistió de la búsqueda en 1957. Ese mismo año, la obra fue adquirida por la Sra. Baldinger en una galería neoyorquina. En 1983, la Sra. DeWeerth interpuso demanda de reclamación ante los tribunales de Nueva York, que aplicaron la ley de dicho Estado por haber adquirido la Sra. Baldinger allí la pintura. Si bien en primera instancia el pronunciamiento del Tribunal favoreció a la Sra. DeWeerth, en apelación se entendió que la diligencia de ésta no había sido suficiente. Conforme a su legislación, el fundamento de la prescripción (*statute of limitations*) impide la interposición de demandas con un irrazonable retraso. Al haber sido mencionada la obra en varias publicaciones, consideraron que la pretensión de la Sra. DeWeerth debía de ser desestimada⁷⁶.

3.6. Problemas que plantea la regla *lex rei sitae*

A. La localización fortuita del bien cultural

Hay ocasiones en las que el lugar de situación del bien cultural en el momento de la adquisición es fortuito y, en consecuencia, no resulta adecuado aplicar su legislación. Estos supuestos se resuelven a través de cláusulas que

75. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, COLEX, Madrid, 2007, p. 227.

76. *Ibidem*, pp. 94-95.

prevén la derogación de la regla general en caso de existir una legislación más vinculada al fondo del asunto. Así, el artículo 10.1 CC establece que, en caso de constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, “éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino”⁷⁷.

B. *La inalienabilidad del bien cultural*

El Estado de origen es el que prevé las medidas de protección del bien en cuestión, entre ellas, la determinación de la inalienabilidad o imprescriptibilidad del mismo. Por lo tanto, si el bien se encuentra en un Estado distinto al de origen en el momento de producirse la transacción, la ley que lo protege no resultará aplicable por no tratarse de la *lex rei sitae*. Ciertamente, el sector doctrinal considera que la inalienabilidad del bien reviste un carácter real y, en consecuencia, si la *lex rei sitae* contempla el concepto de inalienabilidad, el bien debe ser considerado inalienable en todo momento. Según esta tesis, la creación y extinción del derecho real se regirá por la ley del Estado de origen y el contenido y ejercicio de tal derecho por la ley del lugar de situación actual⁷⁸.

C. *La prescripción adquisitiva (usucapión) y la prescripción extintiva*⁷⁹

La adquisición de la propiedad por parte del tercero de buena fe es automática en algunos ordenamientos y está sujeta al cumplimiento de unos plazos en otros⁸⁰. Además, en este último supuesto, el transcurso del plazo de

77. SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., “Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas” en Sánchez Arísti R. (coord.), *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2015, pp. 317-318.

78. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, COLEX, Madrid, 2007, pp. 234-236.

79. La prescripción es una institución de Derecho Civil, que se fundamenta en la posesión como apariencia jurídica, y es causa de extinción o adquisición de los derechos, distinguiéndose, respectivamente, la extintiva y la adquisitiva. Por la prescripción extintiva, el transcurso del tiempo unido a la falta de ejercicio de una acción o derecho lleva consigo su pérdida. Por la prescripción adquisitiva o usucapión, el transcurso del tiempo unido a la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño de un bien o derecho lleva consigo la adquisición de su dominio. Se distingue asimismo la usucapión extraordinaria y la ordinaria (junto a los requisitos anteriores se exige además buena fe y justo título, siendo, a cambio, los plazos de prescripción más cortos).

80. Cuando la prescripción esté sujeta al cumplimiento de unos plazos, habrá que determinar el momento a partir del cual comienzan a computarse dichos plazos en el supuesto de que el bien sea trasladado a otro Estado. A día de hoy, se han planteado dos tesis al respecto: (I) el plazo para la usucapión comienza a computarse desde que

prescripción extintiva varía de forma significativa de unos Estados a otros. Por ello, primero habrá que determinar qué legislación es la que regula la prescripción: la *lex fori* (si se considera que la prescripción se refiere las acciones que cabe oponer ante un tribunal) o la *lex causae* (si se admite que la prescripción se refiere a cuestiones de fondo). Así, los Estados del *common law* (Inglaterra o Estados Unidos) conciben la prescripción extintiva como una cuestión procesal y los Estados del *civil law* (Francia o Alemania) conciben la prescripción extintiva como una cuestión sustantiva. Y, en segundo lugar, habrá que distinguir entre dos tipos de plazos de prescripción: uno absoluto (comenzará a computarse desde el momento del robo) y otro relativo (comenzará a computarse desde el momento en que el propietario tiene conocimiento de la obra de arte robada)⁸¹.

D. *Excepciones a la regla lex rei sitae*

La *lex rei sitae* que resulta aplicable no siempre protege el patrimonio histórico del Estado de origen del bien. Así, en base al artículo 10.1 CC, los tribunales españoles podrían verse obligados a aplicar la ley del lugar donde se encuentre el bien cultural en el momento de la adquisición y considerar válida la adquisición realizada por un tercero de buena fe. Como consecuencia, para evitar este tipo de resultados, se han elaborado normas de producción interna que abandonan la regla general⁸²:

E. *El artículo 29 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, "LPHE")*

"Pertenece 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" (art. 29.1 LPHE). Este artículo constituye una excepción a la norma de conflicto establecida en el artículo 10.1 CC y proporciona una respuesta jurídica a los conflictos derivados del tráfico ilícito de bienes culturales. Así, una vez ejercitada la acción por la Administración (art. 149.1.28 CE), el tercero o el propietario originario del bien, en caso de haberlo exportado ilegalmente, no podrán

el bien se encuentra en el territorio del nuevo Estado; y (II) se contabiliza también el tiempo que el bien cultural ha permanecido en el primer Estado (tesis mayoritaria).

81. SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., "Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas" en Sánchez Arísti R. (coord.), *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2015, pp. 319-320.

82. CAAMIÑA, DOMÍNGUEZ, C., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, COLEX, Madrid, 2007, p. 262.

adquirirlo por enajenación o usucapión. Tras la recuperación del bien, el propietario originario tendrá la posibilidad de adquirirlo nuevamente previo importe de los gastos originados y del posible reembolso que el Estado hubiere tenido que satisfacer al tercero de buena fe⁸³.

F. El artículo 13 de la Directiva 2014/60/UE

Tal y como hemos mencionado previamente, mientras que el Convenio de UNIDROIT elude el tema de la ley aplicable tras la restitución del bien, la Directiva establece que “la propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la legislación interna del Estado miembro requirente” (art. 13). En el caso de España, la Ley 1/2017 analiza si procede la aplicación de dicho artículo para determinar la propiedad del bien. Así, distingue dos situaciones: (I) si el país de origen es España, el tribunal español invalidará la adquisición del tercero de buena fe aplicando la norma especial del artículo 29 LPHE (bien cultural inalienable); (II) si el país de origen es extranjero, el tribunal español aplicará la ley del lugar de adquisición del bien por el tercero para determinar la propiedad del mismo⁸⁴.

IV. CASO DAVID CASSIRER VS. FUNDACIÓN COLECCIÓN THYSSEN-BORNEMISZA F.S.P.

1. RUE SAINT-HONORÉ, APRÈS MIDI, EFFET DE PLUIE, DE CAMILLE PISSARRO

Tal y como recoge la ficha del Museo Nacional Thyssen Bornemisza, Camille Pissarro nació en el seno de una familia de origen judío en una isla del mar Caribe. Se formó como pintor en la academia parisina *Suisse* y trabajó con artistas como Claude Monet o Auguste Renoir. Si bien experimentó con la técnica neoimpresionista a mediados de la década de 1880, la mayoría de su obra se compone de paisajes impresionistas. En concreto, *Rue Saint-Honoré, après midi, effet de pluie* pertenece a una serie de quince obras pintadas durante el invierno de 1897 desde la ventana de su hotel situado en la *place du Théâtre Français*⁸⁵.

83. SAN ROMÁN GUTIÉRREZ, L., “Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas” en Sánchez Arísti R. (coord.), *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2015, pp. 320-321.

84. *Ibidem*, pp. 322-324.

85. ALARCÓ, P., “Camille Pissarro”, *Museo Nacional Thyssen-Bornemisza*, sin fecha (disponible en <https://www.museothyssen.org/coleccion/artistas/pissarro-camille/rue-saint-honore-tarde-efecto-lluvia>; última consulta 15/10/2019).

2. DAVID CASSIRER VS. FUNDACIÓN COLECCIÓN THYSSEN-BORNEMISZA F.S.P.

2.1. Antecedentes

Julius Cassirer, miembro de una relevante familia judía residente en Múnich, adquirió la obra en el año 1900. La pintura fue heredada por su hijo Fritz Cassirer y, tras la muerte de éste, por su viuda Lilly. En 1939, la presión ejercida por el régimen nazi sobre los judíos obligó a Lilly y a su segundo marido, Otto Neubauer, a abandonar Alemania. Para obtener los visados de salida, Lilly se vio forzada a vender la obra a un miembro del Partido Nazi, Jakob Scheidwimmer, por el precio de 900 *reichsmark* (unos 360 dólares al cambio de la época). A su vez, Scheidwimmer vendió el cuadro a un marchante de arte judío llamado Julius Sulzbacher. Éste, huyó con la pintura a Holanda, donde fue confiscada por la Gestapo y devuelta a Alemania. A partir de entonces, tan sólo se sabe que el cuadro fue vendido por la casa de subastas Lange a un comprador anónimo por el precio de 95.000 *reichsmark* en 1943⁸⁶. Aunque al acabar la guerra Lilly interpuso una demanda de restitución ante los tribunales alemanes, la imposibilidad de localizar la pintura le llevó a firmar en 1958 un acuerdo de compensación por el importe de 120.000 *reichsmark*. Y, así, Lilly Cassirer falleció cuatro años más tarde sin llegar a saber que la pintura había reaparecido en una galería de arte neoyorkina en 1951⁸⁷.

En julio de 1951 el cuadro fue vendido al coleccionista Sydney Brody a través de los marchantes de arte M. Knoedler & Co (Nueva York) y Franks Perls Gallery (Los Ángeles). Brody tan solo conservó la obra unos meses y después la restituyó a la Galería para su reventa, siendo comprada por el coleccionista Sydney Schoenberg en mayo de 1952. Veinticuatro años después, en noviembre de 1976, la pintura fue adquirida por el Barón Hans-Heinrich Thyssen-Bornemisza, a través del marchante Stephen Hahn, por el importe de 275.000 dólares. En 1988 el Barón Thyssen llegó a un acuerdo con el Estado español, a través de *Favorita Trustees Limited*, para alquilar durante diez años su colección de arte a cambio de 50 millones de dólares. A raíz de dicho acuerdo, el Estado español creó la Fundación “Colección Thyssen-Bornemisza” y, un año más tarde, adquirió la colección en propiedad por un importe de 338 millones de dólares. Mediante el Real Decreto-Ley 11/1993, de 18 de junio, sobre medidas reguladoras del contrato de adquisición de la colección Thyssen-Bornemisza (BOE 19 de junio de 1993), se autorizó la celebración del contrato de compraventa entre el Reino de España, la Fundación y la entidad *Favorita Trustees*

86. ARP, B., “Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII, n.º 2, 2011, p. 162.

87. O'DONNELL, N., *A tragic fate: law and ethics in the battle over Nazi-looted art*, Ankerwycke, Chicago, 2017, p. 243.

Limited. Y de esta manera, desde el 10 de octubre de 1992 el cuadro ha permanecido expuesto en el Palacio de Villahermosa de Madrid⁸⁸, sede del Museo Nacional Thyssen Bornemisza, y ha sido citado en numerosas publicaciones⁸⁹.

2.2. Litigio

Claude Cassirer, nieto de Lilly, presentó la primera solicitud de restitución ante el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte el 3 de mayo de 2001. La petición fue rechazada, al igual que lo fueron el resto de solicitudes presentadas en los años siguientes ante instancias sociales, culturales e incluso políticas⁹⁰. No obstante, nunca se solicitó la restitución por vía judicial ante los Tribunales españoles. La primera demanda judicial contra el Reino de España y la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza (en adelante, “Fundación”) se interpuso el 10 de mayo de 2005 ante el Juzgado del Distrito Central de California. En ella, se solicitó la restitución del cuadro o una indemnización por daños y perjuicios en caso de que no fuera posible recuperar la obra. Tras el fallecimiento de Claude, en septiembre de 2010, sus herederos, David y Ava Cassirer, junto con la *United Jewish Federation*, continuaron el pleito, subrogándose en su posición procesal⁹¹.

Si bien el Reino de España y la Fundación alegaron falta de jurisdicción, el Juzgado del Distrito Central de California desestimó dicha alegación en resolución de fecha 30 de agosto de 2006⁹². El tribunal entendió que la Fundación había realizado actividades comerciales en Estados Unidos y, conforme a la sección 1605(a)(3) de la Ley sobre Inmunidades de Estados Extranjeros de 1976 (en adelante, “FSIA”), un Estado extranjero “no goza de inmunidad de jurisdicción en los asuntos relativos a expropiaciones realizadas con violación del Derecho Internacional cuando la actuación de tales Estados (o de sus entidades instrumentales) no se enmarca en el ámbito de sus funciones soberanas, sino en el de una actividad comercial desarrollada en los Estados

88. A excepción de una exposición realizada fuera de España en el año 1996 y un préstamo realizado al Caixa Forum de Barcelona entre octubre de 2013 y enero de 2014.

89. DÍEZ SOTO, C., “Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 2, 2016, pp. 379-378.

90. Gracias a su militancia en el Partido Demócrata logró involucrar al Gobierno de Estados Unidos en su petición.

91. DÍEZ SOTO, C., “Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 2, 2016, p. 380.

92. O'DONNELL, N., *A tragic fate: law and ethics in the battle over Nazi-looted art*, Ankerwycke, Chicago, 2017, pp. 243-244.

Unidos”⁹³. Por lo tanto, si bien fue Alemania la responsable de la privación del Pissarro, la FSIA no atiende a quién ha cometido el ilícito sino a que éste haya tenido lugar y que el Estado extranjero en cuestión haya mantenido relaciones comerciales con Estados Unidos⁹⁴.

La desestimación de la alegación de no competencia del Tribunal fue recurrida en apelación por el Reino de España y la Fundación ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, que desestimó el recurso en septiembre de 2009. No obstante, el Reino de España y la Fundación presentaron una moción de recusación contra los jueces. Ésta sí que fue admitida, pero, tras la repetición del juicio, se confirmó de nuevo la jurisdicción de los Tribunales estadounidenses sobre el Reino de España y sobre la Fundación en resolución de fecha de 12 de agosto de 2010. La decisión fue recurrida de nuevo mediante petición de *certiorari*⁹⁵ ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que no llegó a admitirla, y, por consiguiente, la citada resolución judicial de agosto de 2010 devino firme en junio de 2011.

Establecida la competencia del Juzgado del Distrito Central de California conforme a las leyes locales, éste pudo finalmente entrar a conocer de la cuestión planteada. En dicho momento, los demandantes, David y Ava Cassirer, desistieron de la reclamación dirigida contra el Reino de España, continuando el procedimiento únicamente contra la Fundación⁹⁶. No obstante, la Abogacía del Estado del Reino de España decidió permanecer en el proceso judicial bajo la figura procesal de *amicus curiae*⁹⁷.

En primer lugar, se planteó la prescripción o no de la acción de reclamación conforme a la normativa local. La legislación de California había sido modificada por una reforma del año 2002, con el objeto de ampliar el plazo general de prescripción hasta entonces aplicable⁹⁸. En particular, se había establecido

93. DÍEZ SOTO, C., “Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 2, 2016, p. 381.

94. TORRECUADRADA, S., “Las consecuencias actuales de la privación ilícita de obras de arte en tiempos del nazismo y la inmunidad del Estado: el caso Cassirer”, *Revista Tribunal Internacional*, vol. 7, 2018, n.º 13, p. 9.

95. El *certiorari* es la resolución que emite un órgano judicial superior solicitando a un órgano judicial inferior certificación de todo lo recogido en autos judiciales (*record*), para revisarlo y resolver el recurso interpuesto por alguna de las partes.

96. DÍEZ SOTO, C., “Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 2, 2016, pp. 382-383.

97. La figura de *amicus curiae* permite que un tercero, ajeno al litigio, intervenga en el procedimiento ofreciendo su asesoramiento experto al Tribunal.

98. O'DONNELL, N., *A tragic fate: law and ethics in the battle over Nazi-looted art*, Ankerwycke, Chicago, 2017, pp. 246-247.

la posibilidad de interponer las demandas encaminadas a la recuperación de obras de arte expoliadas durante el Holocausto hasta finales de 2010 (§ 354.3 del Código de Procedimiento Civil de California). Empero, con ocasión del caso *Von Saher vs. Norton Simon Museum of Art at Pasadena*⁹⁹, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto¹⁰⁰. De esta manera, el legislativo de California modificó nuevamente su Código de Procedimiento Civil en 2010, estableciendo un plazo general de prescripción de tres años aplicable a las acciones relativas a bienes muebles, ampliable a seis años para el ejercicio de acciones contra “museos, galerías, empresas de subastas o marchantes de arte para la recuperación de obras de arte expoliadas después de 1910”¹⁰¹.

Con base en lo expuesto, la Fundación alegó que la reforma de 2010 era equivalente a la de 2002 y, por consiguiente, también era inconstitucional. Tal pretensión fue admitida por el Juzgado en resolución de fecha 24 de mayo de 2012. No obstante, fue recurrida en apelación por la parte demandante y, el 9 de diciembre de 2013, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, estimando las pretensiones de la parte apelante, revocó la decisión judicial apelada y confirmó la constitucionalidad de la reforma del año 2010. En virtud de ello, se retomaron las actuaciones judiciales por el Juzgado del Distrito Central de California que, como primera medida, entró a resolver la moción de juicio sumario que había presentado la Fundación. En dicha moción se solicitaba que el Tribunal se pronunciase sobre las siguientes cuestiones de Derecho: (I) que la Fundación era la propietaria del cuadro conforme al Derecho suizo y al español; (II) que la modificación legislativa de 2010 era inconstitucional; y (III) que la acción que pretendía ejercitar la parte demandante había prescrito¹⁰².

El Juzgado del Distrito Central de California dictó sentencia el 4 de junio de 2015 declarando que resultaba de aplicación la ley española y que, conforme a la misma, la Fundación había adquirido por usucapión la propiedad de la obra¹⁰³. Consideró que, en virtud de las normas de conflicto, tanto

99. ZARETSKY, D., “Holocaust Era Cases Reviewed”, *The journal of art crime*, vol. 2, n.º 1, 2009, pp. 71-72.

100. Por entender que convertía a California en un foro mundial para la resolución de demandas de restitución de obras expoliadas durante el Holocausto.

101. DÍEZ SOTO, C., “Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 2, 2016, pp. 383-384.

102. DÍEZ SOTO, C., “Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 2, 2016, p. 386.

103. O'DONNELL, N., *A tragic fate: law and ethics in the battle over Nazi-looted art*, Ankerwycke, Chicago, 2017, p. 253.

federales (*Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 222, 6 y concordantes) como californianas (el test del “interés gubernamental”), era aplicable la ley española frente a la estadounidense. Y, dentro de la ley española, determinó que eran aplicables los artículos 1940 y siguientes del Código Civil (de la prescripción del dominio y demás derechos reales). Así, el Juzgado estimó que la Fundación había poseído en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente, con justo título, de buena fe y durante, al menos, casi 8 años (del 21 de junio de 1993 hasta el 3 de mayo de 2001), dándose así todas las condiciones para la usucapión ordinaria, para la que el 1955 párrafo primero exige un plazo de 3 años. Incluso hubiese bastado con la posesión durante el mencionado plazo de 8 años para adquirir por usucapión extraordinaria, para la que el párrafo segundo del citado artículo 1955 exige un plazo de 6 años.

El Tribunal no estimó la pretensión de la parte demandante de aplicar el artículo 1956 CC que establece que: “las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta”. Y tampoco admitió que las normas españolas violasen el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁴. No obstante, sí que se detuvo en la falta de una regulación específica en España sobre la restitución de bienes procedentes del expolio nazi y recomendó a la Fundación reflexionar y buscar una solución que complaciera a ambas partes¹⁰⁵. Quizás esto se debe a las diferencias sobre la prescripción entre la tradición del *common Law*, en la que prima la tutela del tráfico jurídico y la seguridad jurídica de las adquisiciones, y la tradición del *civil Law*, en la que prima la protección del *verus dominus*, en detrimento del tráfico jurídico.

En cualquier caso, la parte demandante recurrió en apelación ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito que, en sentencia de 10 de julio de 2017, estipuló una vez más que la ley aplicable era la española y que, conforme a la prescripción ordinaria (3 años) o extraordinaria (6 años), la Fundación habría adquirido la propiedad de la obra por usucapión. No obstante, en esta ocasión la sentencia apreció falta de diligencia en la verificación de la legalidad de la adquisición de la obra por el Barón Thyssen. Por ello, se devolvieron los autos al Juzgado del Distrito Central de California para determinar si concurría en la Fundación la condición de “cómplice o encubridora” de una adquisición ilegal. Por su parte, en septiembre de 2017 la Fundación solicitó al

104. DÍEZ SOTO, C., “Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 2, 2016, p. 395.

105. TORRECUADRADA, S., “Las consecuencias actuales de la privación ilícita de obras de arte en tiempos del nazismo y la inmunidad del Estado: el caso Cassirer”, *Revista Tribunal Internacional*, vol. 7, 2018, n.º 13, p. 14.

Tribunal de Apelaciones la reconsideración de su decisión. Y el Estado español se personó en el procedimiento, en calidad de *amicus curiae*, aportando un informe de la Abogacía del Estado en el que se explicaba que para la aplicación del artículo 1956 del Código civil se requiere una sentencia previa que declare el delito.

El Tribunal desestimó la solicitud en diciembre de 2017 y la Fundación interpuso recurso ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos en abril de 2018, el cual, se inhibió en mayo del caso. En diciembre de 2018, una vez que se estableció que el Juzgado del Distrito Central de California debía apreciar la condición de “cómplice o encubridora” de la Fundación, se celebró un nuevo juicio para solventar este punto. El Juzgado resolvió a favor de la Fundación en sentencia de 30 de abril de 2019¹⁰⁶ que pasamos a exponer, comenzando por distinguir entre la adquisición en Suiza por el Barón en 1976 y la adquisición en España por la Fundación en 1993.

El Barón adquirió la obra *Rue Saint-Honoré, après midi, effet de pluie* del pintor impresionista Camille Pissarro en Suiza en el año 1976, país donde el Barón poseyó la obra hasta 1993. El Juzgado señala que el artículo 728 del Código Civil Suizo (ZGB) y, entre otras, la Sentencia de 18 de abril de 2013 de la Corte Federal Suprema de Suiza (también referida a obras de arte, en particular a la obra “*Diener mit Samowar*” del autor ruso Kasimir Malewitsch), exige: (I) una posesión de 5 años (requisito que claramente se cumple); y (II) de buena fe, requisito en el que se centra la discusión que pasamos a abordar.

Conforme a las fuentes legales citadas la buena fe se presume, pero decae si falta la diligencia debida, que debe valorarse según las circunstancias del caso. Así, en la adquisición por el Barón, entiende el Juzgado que había suficientes circunstancias sospechosas o “banderas rojas” como para exigir al adquirente una mayor diligencia. En particular, cita las siguientes: (I) intencionadamente se habían quitado etiquetas; (II) una etiqueta demostraba que la obra había estado en Berlín; (III) la información suministrada por “Stephen Hahn Gallery” no hacía referencia a ello; (IV) el conocido expolio nazi durante la II Guerra Mundial y, particularmente, de obras de Pissarro; y (V) las circunstancias personales del Barón como “experto u otro sinónimo mejor” (traducción propia) del mundo del arte.

El Juzgado admite que se dieron otras circunstancias en la compraventa, como son el precio de mercado y el reputado prestigio del vendedor, que tienden a demostrar la falta de conocimiento del robo por parte del comprador. Pero estas circunstancias no enervan la exigencia de una mayor diligencia de averiguación o investigación dadas las características de la obra. Una mayor

106. Sentencia del Juzgado del Distrito Central de California, de 30 de abril de 2019, caso David Cassirer, et al. *vs.* Thyssen-Bornemisza Collection Foundation, CV 05-3459-JFW.

diligencia que, a juicio del Juzgado, no prestó el Barón y que, entre otras posibles medidas, implicaba la de pedir asesoramiento a expertos¹⁰⁷. Además, esa falta de diligencia debida lleva consigo la mala fe si, cumplimentada y satisfecha, hubiere bastado para llevar al conocimiento de la incautación. En otro caso hablaríamos de simple negligencia. En el presente asunto, el Juzgado entiende que el Barón no actuó con buena fe porque no empleó la mayor diligencia exigible en función de las circunstancias del caso. En consecuencia, no puede alegar la buena fe como fundamento de la adquisición a su favor.

Como el Barón no poseyó de buena fe, la Fundación no adquirió el dominio en 1993, continúa el Juzgado de California. La cuestión se centra ahora en la adquisición *a non domino* de la Fundación. Dado que se había adquirido de quien no era propietario, la Fundación solo podría adquirir la obra por usucapión. Concurrían el título y el modo y el plazo, tanto ordinario como extraordinario. Pero quedaba pendiente la cuestión de si había habido buena o mala fe por parte de la Fundación. Y en concreto, la aplicación del artículo 1956 del Código civil español, que, como se ha mencionado previamente, señala: “las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta”.

Su aplicación, dice el Juzgado, debe ponerse en conexión con el Código Penal (cita tanto el de 1973 como el de 1995) y con las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1982 y de 15 de julio de 2004, para entender con ello¹⁰⁸ que la prescripción se consumaría en 2019. Por tanto, la posible aplicación de este artículo es crucial: si se estima, David Cassirer sería reconocido propietario; en caso contrario, sería la Fundación reconocida como propietaria. A tales efectos es preciso analizar si el Barón o la Fundación pueden ser considerados encubridores. Para ello, el Juzgado parte de su concepto original de 1870 y su interpretación por la jurisprudencia española (cita las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1986, de 9 de junio de 1993, de 20 de noviembre de 1995, de 16 de marzo de 2012 y de 19 de mayo de 2016) para exigir al encubridor que conocidamente reciba y se beneficie de un objeto robado.

El requisito del beneficio, establece el Juzgado, es claro en nuestro caso, y consiste en la exposición de la obra en el museo. Lo que debe plantearse, por tanto, es el posible conocimiento del robo del objeto (trata con ello de los conceptos de dolo directo o indirecto) por parte del Barón o de la Fundación. Y para tal exigencia de un conocimiento real o verdadero señala el Juzgado que es suficiente el “willful blindness”, esto es, el no querer ver. En otras palabras,

107. En concreto, hace referencia a Rewald, conocido experto que fue a visitar la casa del Barón tres meses después de la compra.

108. Plazos exigidos por el 1956 y luego los 6 años del 1955.

exige el juzgado que la parte demandante pruebe (traducción propia): “(I) que la Fundación conocía que había un alto riesgo o posibilidad de que su conducta fuese ilegal; (II) que la Fundación fuese completamente indiferente a ese riesgo y no actuase con la diligencia mínima requerida; y (III) que la Fundación obtuviese un beneficio económico y, en consecuencia, quisiese mantenerse ignorante”.

El primer requisito, continúa el Juzgado, no queda debidamente probado. Más aún, entiende que la Fundación no tenía conocimiento real (ni concurría dolo, directo, indirecto o eventual ni el concepto de “willful blindness” antes citado), por las siguientes razones: (I) en los volúmenes *CORA* de 1954 (de los Tribunales de Restitución de obras robadas) no aparecía el derecho de Lilly Casirer; y (II) el Reino de España y la Fundación obtuvieron informes legales antes de realizar la adquisición. No obstante, aunque sí se previó un cierto riesgo (con constitución de una prenda como garantía), éste no era suficiente para el caso enjuiciado y, además, desconocían –y no podían conocer en ese momento– la falta de buena fe del Barón. Asimismo, entiende el Juzgado que esas circunstancias sospechosas o “banderas rojas” antes citadas no son suficientes para entender que la Fundación tenía conocimiento real y, por tanto, era encubridora.

Prosigue el Juzgado apreciando que, por las razones expuestas, tampoco se da ese conocimiento real por parte del Barón. En consecuencia, ni la Fundación, ni el Barón, ni el Reino de España son encubridores del robo de la obra. Por lo tanto, no aplica el artículo 1956 del Código civil español y concluye, una vez más, que la Fundación ha adquirido la obra por usucapión. No obstante, previendo una posible apelación de la parte demandante, el Juzgado continúa tratando los demás argumentos aducidos.

En primer lugar, entiende el Juzgado, haciendo referencia a las alegaciones de los *amicus curiae* Comunidad Judía de Madrid y Federación de Comunidades Judías de España, que el artículo 1956 CC no requiere una condena criminal. Sostiene que, pese a que ningún tribunal español lo ha aplicado sin la citada condena, hay argumentos en nuestro Derecho (su interpretación según el artículo 3 del Código Civil y el criterio sostenido por ilustres autores como Albaladejo o Bercovitz) para entender que no requiere tal condena criminal. En segundo lugar, frente a las alegaciones de la Fundación, señala que el artículo 1956 se aplica no solo a las personas físicas, sino también a las jurídicas. No deja de ser un precepto civil de clara aplicación, *ex* artículos 38 y 1931 del Código Civil, según sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1994. Y deben, además, considerarse las consecuencias prácticas que supondría excluir a las personas jurídicas.

Y, finalmente, señala que no cabe admitir la alegación de la Fundación de la doctrina de la “*Verwirkung*” o renuncia tácita, en inglés conocida como “*laches*”.

El Juzgado entiende que faltan los requisitos necesarios (fundamentalmente, inactividad durante un largo periodo de tiempo por el titular del derecho para luego ejercitarlo de manera injustificada e irrazonable causando un perjuicio al demandado contra sus legítimas expectativas o confianzas) y cita la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2018. Particularmente esa falta de ejercicio anterior se justifica en que desconocía donde se encontraba la obra como puede observarse en los hechos expuestos al inicio de este epígrafe.

Tras todo ello, la sentencia de 30 de abril de 2019 del Juzgado del Distrito Central de California declara el dominio de la Fundación Colección Thyssen Bornemisza F.S.P. sobre la *Rue Saint-Honoré, après midi, effet de pluie* del pintor impresionista Camille Pissarro, frente a las pretensiones de los demandantes David y Ava Cassirer. No obstante, también el Juzgado del Distrito Central de California señala que ha aplicado el Código Civil español por no existir en España una ley especial sobre la restitución de obras de arte y recuerda los compromisos adquiridos tras la firma de los Principios de Washington y la Declaración de Tezerin:

“En diciembre de 1998, cuarenta y cuatro países, incluido el Reino de España, se comprometieron con los Principios de Washington sobre el arte confiscado por los nazis. Estos principios no vinculantes apelan a la conciencia moral de las naciones participantes y reconocen que, si puede identificarse a los propietarios cuyas obras de arte fueron confiscadas por los nazis y no restituidas posteriormente, o a sus herederos, se deben tomar las medidas necesarias para lograr una solución justa y equitativa, teniendo en cuenta que esto puede variar en función de los hechos y circunstancias que rodean cada caso particular [...] En 2009, cuarenta y seis países, incluido el Reino de España, reafirmaron su compromiso con los Principios de Washington al firmar la Declaración de Terezin. En esta declaración se reitera que los Principios de Washington se basan en el principio moral de que el arte y los bienes culturales confiscados por los nazis a las víctimas del Holocausto deben devolverse a ellos o a sus herederos, de manera coherente con las leyes y reglamentos nacionales, así como con las obligaciones internacionales, para poder lograr soluciones justas y equitativas” (traducción propia).

Con posterioridad a la redacción de este trabajo y antes de su publicación el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito ha resuelto el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante, confirmando la sentencia de 30 de abril de 2019 del Juzgado del Distrito Central de California. En un memorándum de fecha 17 de agosto de 2020¹⁰⁹ el Tribunal concluye: (I) que la Fundación Colección Thyssen Bornemisza F.S.P. adquirió la propiedad de la pintura de conformidad con la ley española de adquisición prescriptiva; y (II) que cuando

109. Memorándum del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, de 17 de agosto de 2020, caso David Cassirer *vs.* Thyssen-Bornemisza Collection Foundation, <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2020/08/CassirerThyssen-9CA.pdf>

la Fundación Colección Thyssen Bornemisza F.S.P. compró la pintura, en el año 1993, no tenía conocimiento real de estar adquiriendo una pintura robada.¹¹⁰

V. CONCLUSIONES

Concluimos el presente estudio con la misma cuestión que planteábamos al inicio del mismo: ¿de qué modo es posible resolver al mismo tiempo las legítimas pretensiones de todos ellos?

Tenemos, en primer lugar, el hecho de que los Cassirer se vieron obligados a entregar el cuadro para obtener un visado de salida y salvar sus vidas. En tal situación, ningún contrato puede ser considerado válido, incluso con independencia de la contraprestación económica que pudiera recibirse a cambio. Propiamente hablando, ni hay consentimiento ni hay causa jurídica real, por más que pudiera haber una apariencia jurídica formal.

Por otra parte, los sucesivos tenedores de la obra¹¹¹ no estaban obligados a conocer la incautación inicial. Hay que tener en cuenta que, aunque el Pissarro es una obra importante, no era una obra única de general conocimiento. Pertenecía a una serie de quince cuadros y no todas ellas fueron incautadas ni estaban localizadas en Alemania. ¿Hasta qué punto les era exigible a los sucesivos adquirentes una diligencia tal que incluyera la verificación del no origen ilícito de la documentación que se les presentaba para acreditar la adquisición de la obra por el transmitente y sus causahabientes? En el tráfico jurídico la buena fe se presume. Si esto no fuera así, no sería posible la contratación mercantil. No puede exigirse con carácter general una inversión de la carga de la prueba en la que el actual tenedor justifique la cadena de transmisiones *¿sine die?*

Cuanto mayor es el tiempo transcurrido y las transmisiones realizadas, menores posibilidades hay de verificar una adquisición irregular. Por eso, la responsabilidad es mayor cuanto más cercano es el hecho ilícito. Por tanto, no es razonable que la demanda se interponga exclusivamente contra el último tenedor, como si él estuviera obligado a cargar con todo el tracto habido en las distintas transmisiones de la obra. La demanda debiera dirigirse contra todos los tenedores conocidos o sus herederos.

Por otra parte, los Cassirer aceptaron una indemnización del Estado alemán. No hay razón para presumir que esta indemnización no fuera proporcional al precio de mercado del cuadro. No se ha objetado con carácter general que las indemnizaciones de Alemania por las incautaciones nazis no fueran

110. Para más información, watch recording for David Cassirer vs. Thyssen-Bornemisza Collection, N.º 19-55616: https://www.ca9.uscourts.gov/media/view_video.php?pk_vid=0000017691.

111. Utilizaremos este término para no pronunciarnos de modo previo sobre su posesión legítima o propiedad.

correctas. ¿Implicaba esta indemnización la renuncia a perseguir la devolución del cuadro? Debe entenderse que esta indemnización subsanaba la nulidad inicial, aunque lo hacía de modo impropio, por vía de compensación. Por eso, es razonable entender que subsanaba las posteriores adquisiciones de buena fe persistiendo la posibilidad de reclamación contra el adquirente que no la tuviera. No obstante, la cuestión estriba en hasta qué punto debe extremarse la diligencia para apreciar o no buena fe.

Junto a las cuestiones ética y jurídica mencionadas se plantea en el caso de la restitución de obras de arte incautadas por el expolio nazi la de la norma de conflicto aplicable para resolver la cuestión. En primer lugar, la del juez que tiene competencias para resolver, y aquí se plantea también la no sujeción de un Estado a otro Estado, no solo a su poder legislativo o ejecutivo, tampoco a su poder judicial. Esta cuestión es especialmente relevante en el presente caso, pues el propietario legal de la obra es una Fundación del Sector Público español, esto es, en definitiva, el Estado español.

Y, además, no sólo la obra está sita en España, sino que la conexión con California, como Estado Federado de Estados Unidos, no existe. A pesar de ello, el Reino de España ha tenido que defender allí sus derechos. Hay que entender que por razones de prestigio internacional, dado que la sentencia dictada pudiera no haberse ejecutado nunca, debido a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Reino de España. Esta acomodación de la competencia del juez al domicilio del demandante supone un trato más beneficioso para él y un desequilibrio no razonable en el proceso. Con la intención de evitarlo, se ha planteado la constitución de un Tribunal internacional o de un arbitraje que resuelva este tipo de conflictos, pero esto no existe a fecha de hoy.

Nos encontramos aquí también con las diferentes tradiciones jurídicas que existen en los distintos sistemas. En particular, en el presente caso, con la diferente concepción de la prescripción, que en los sistemas continentales es un modo de adquirir, mientras que en los anglosajones es un instituto procesal. Quizás debido a esta diferencia de mentalidad, el juez de California se ve obligado a dar la razón a la Fundación española al mismo tiempo que insta a llegar a un acuerdo con la familia Cassirer, dado que entiende que la obra no puede reclamarse, pero no se ha adquirido en forma debida, retrotrayéndose a una no legalidad inicial en la contienda de 1939-1945 que en los sistemas continentales no puede contemplarse desde los institutos de la protección del tercero de buena fe y de la prescripción adquisitiva.

De todo ello, podría seguirse que la pretensión de la familia Cassirer era extemporánea. No se puede negar la ilegitimidad de la incautación. Pero tampoco se puede ignorar el tiempo transcurrido y los hechos que han tenido lugar durante su transcurso. Con independencia de la normativa aplicable continental o anglosajona, hay siempre que tener en cuenta que el ejercicio

de toda acción procesal ha de ser razonable. Y en el presente caso no lo era debido no solo a la indemnización recibida, sino también a que el cuadro fue vendido varias veces en salas de subastas conocidas y fue expuesto al público durante largo tiempo.

Es decir, no se trata de una obra que se hubiera ocultado y que inopinadamente y sin precedentes hubiera salido a la luz. Por eso, el cómputo del plazo en que es exigible la restitución no puede establecerse desde la afirmación de que el demandante conoció la existencia de la obra, sino desde que pudo conocerla dentro de un grado razonable de diligencia, que también a él le es exigible, no solo a la otra parte. Además, hay que tener en consideración el especial apoyo que las organizaciones judías prestan en esta materia, por lo que no se le puede considerar un particular sin medios. Y si, dada la especial gravedad del Holocausto, la restitución de las obras incautadas ha de ser objeto de especial protección, tampoco puede extenderse *sine die* la posibilidad de reclamación frente a quien en cualquier tiempo hubiese adquirido la obra sin mala fe.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal, 82 U.N.T.S. 280, entered into force Aug. 8, 1945.

Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995.

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) n.º 1024/2012 (refundición).

Draft UNESCO Declaration of Principles Relating to Cultural Objects Displaced in Connection with the Second World War 2009.

Germany-USA Joint Declaration Concerning The Implementation of the Washington Principles from 1998 dated 26 November 2018.

ICOM Recommendations concerning the Return of Works of Art Belonging to Jewish Owners 14 January 1999.

Instrumento de adhesión de España al Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995 (BOE núm. 248, de 16 de octubre de 2002).

Instrumento de Adhesión de España al Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 14 de mayo de 1954 (BOE núm. 178, de 25 de julio de 1992).

Instrumento de Ratificación de 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 17 de noviembre de 1970 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1986).

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1960).

Instrumento de Ratificación del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1999 (BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2004).

Inter-Allied Declaration Against Acts of Dispossession Committed in Territories Under Enemy Occupation or Control (with covering Statement by His Majesty's Government in the United Kingdom and Explanatory Memorandum issued by the Parties to the Declaration) London, January 5.1943.

Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea (BOE núm. 93, de 19 de abril de 2017).

Ley 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).

Memorándum del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, de 17 de agosto de 2020, caso David Cassirer *vs.* Thyssen-Bornemisza Collection Foundation, <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2020/08/CassirerThyssen-9CA.pdf>.

Principles on Nazi-Confiscated Art, released in connection with the Washington Conference on Holocaust-Era Assets, Washington, DC, December 3, 1998.

Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, sobre solicitudes transfronterizas de restitución de obras de arte y bienes culturales saqueados en conflictos armados y guerras [2017/2023 (INI)].

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Real Decreto-Ley 11/1993, de 18 de junio, sobre medidas reguladoras del contrato de adquisición de la colección Thyssen-Bornemisza (BOE núm. 146, de 19 de junio de 1993).

Reglamento (UE) n.º 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”).

Reglamento (UE) N.º 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).

Tezerin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues, on 20 June 2009.

United Nations Monetary and Financial Conference: Bretton Woods, Final act and related documents, New Hampshire, July 1 to July 22, 1944.

2. JURISPRUDENCIA

Cassirer v. Kingdom of Spain and the Foundation Thyssen-Bornemisza, 580 F. 3d 1048, Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, Noveno Circuito; Resolución de 8 de septiembre de 2009.

Cassirer v. Kingdom of Spain and the Foundation Thyssen-Bornemisza, 590 F.3d 981, Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, Noveno Circuito; Orden de 30 de diciembre de 2009.

Sentencia del Juzgado del Distrito Central de California, de 4 de junio de 2015, caso David Cassirer, et al. *vs.* Thyssen-Bornemisza Collection Foundation.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, de 10 de julio de 2017, caso David Cassirer, et al. *vs.* Thyssen-Bornemisza Collection Foundation.

Sentencia del Juzgado del Distrito Central de California, de 30 de abril de 2019, caso David Cassirer, et al. *vs.* Thyssen-Bornemisza Collection Foundation, CV 05-3459-JFW.

3. ARTÍCULOS

ARP, B., “Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIII, n.º 2, 2011, pp. 161-177.

- BICKFORD, A., "Nazi-Looted Art: Preserving a Legacy", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 49, n.º 9, 2017, pp. 115-133.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., "La protección internacional de los bienes culturales en tiempo de guerra", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 2, 2004, n.º 3, pp. 73-107.
- "Inmunidad de jurisdicción y plazos de prescripción: caso Cassirer", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, n.º 19, 2015, pp. 79-100.
- CALVO CARAVACA, A., "Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit de 24 de junio de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente", *Vniversitas*, vol. 53, n.º 108, 2004, pp. 647-675.
- CARRILLO, B., "Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y derecho internacional privado", *Anales de Derecho*, n.º 19, 2001, pp. 205-234.
- CLARAMONTE, J., "Estéticas y Políticas del Nazismo", *Espacio, Tiempo y Forma*, vol. VII, n.º 25, 2012, pp. 333-344.
- DELGADO, G., "Conceptos y metodología de la investigación histórica", *Revista Cubana de Salud Pública*, vol. 36, n.º 1, 2010, pp. 9-18.
- DÍEZ SOTO, C., "Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el Holocausto", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n.º 2, 2016, pp. 377-403.
- IBÁÑEZ, M., "Patrimonio cultural y guerra", *Quaderns de la Mediterrània*, vol. 3, n.º 2, 2018, pp. 327-333.
- KLINE, T., "Restitution Roulette: a comparison of U.S. and European approaches to Nazi-era art looting claims", *IFAR Journal*, vol. 6, n.º 3, 2015, pp. 55-64.
- O'DONNELL, T., "The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa?", *The European Journal of International Law*, vol. 22, n.º 1, 2011, pp. 49-80.
- SAN MARTÍN, M., "La acción normativa de la UNESCO y sus órganos asesores en el ámbito de la protección de los bienes culturales", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n.º 8, 2016, pp. 10-50.
- TORRECUADRADA, S., "Las consecuencias actuales de la privación ilícita de obras de arte en tiempos del nazismo y la inmunidad del Estado: el caso Cassirer", *Revista Tribunal Internacional*, vol. 7, n.º 13, 2018, pp. 1-17.
- "Las obras de arte del Estado y su inmunidad", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017, pp. 401-426.
- ZARETSKY, D., "Holocaust Era Cases Reviewed", *The journal of art crime*, vol. 2, n.º 1, 2009, pp. 70-74.

4. MONOGRAFÍAS

- BACKES, K., *Hitler und die bildenden Künste*, DuMont Reiseverlag, Berlín, 1992.
- BARRON, S., *Degenerate Art, catálogo de exposición*, LACMA, Nueva York, 1991.
- CAAMÍÑA, C., *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, COLEX, Madrid, 2007.
- EDSEL, R., *The Monuments men*, trad. D. Paradela, Ediciones Destino, Barcelona, 2012.
- FELICIANO, H., *The Lost Museum*, Basic Books, New York, 1997.
- FUENTES CAMACHO, V., *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Eurolex, Madrid, 1993.
- GOLDENSOHN, L., *Las entrevistas de Núremberg*, Taurus, Barcelona, 2004.
- HINZ, B., *Art in the Third Reich*, Pantheon Books, New York, 1979.
- HITLER, A., *Mi Lucha*, Createspace Independent Pub, South Carolina, 2017.
- LYNN, H., *El saqueo de Europa*, trad. H. Mariani, Ediciones Destino, Barcelona, 1996.
- MARTÍNEZ, C., “La adquisición a *non domino* de bienes culturales” en *Derecho del Arte: Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2017, pp. 283-362.
- O'DONNELL, N., *A tragic fate: law and ethics in the battle over Nazi-looted art*, Ankerwycke, Chicago, 2017.
- PÉREZ-PRAT, L. Y FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. (eds.), *Holocausto y bienes culturales*, Publicaciones UHU, Huelva, 2019.
- SAN ROMÁN, L., “Tribunales competentes y ley aplicable a la restitución de obras de arte robadas” en Sánchez Aristi, R. (coord.), *Derecho del Arte: 67 Anuario Iberoamericano*, Thomson Reuters Legal Limited, Madrid, 2015, pp. 287-335.
- SIMPSON, E., *The spoils of war*, New York, 1997.
- SPEER, A., *Inside the Third Reich*. Trad. A. Sabrido, El Acantilado, Barcelona, 2001.
- SPOTTS, F., *Hitler y el poder de la estética*, trad. J. y P. Alfaya MacShane, Antonio Machado Libros, Madrid, 2011.
- VALLAND, R., *Le front de l'art: 1939-1945*, Librairie Plon, París, 1961.

Arte y Crimen¹

Art and Crime

WENDY PENA GONZÁLEZ

Contratada predoctoral FPU (Universidad de Salamanca). Graduada en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración y Máster en Derecho penal (premio extraordinario)

SUMARIO: I. ARTE Y DERECHO: UNA INTRODUCCIÓN. 1. *¿Qué es el arte? Aproximación al concepto.* 2. *El Derecho al arte y su protección. En particular, protección penal.* II. PROTECCIÓN PENAL DEL ARTE EN DERECHO ESPAÑOL. 1. *Agravaciones en delitos contra el patrimonio.* 1.1. Modalidad agravada de los delitos de hurto y robo con fuerza. 1.2. Modalidad agravada del delito de estafa. 1.3. Modalidad agravada del tipo residual de apropiación indebida. 1.4. Modalidad agravada del delito de daños. 1.5. Modalidad específica de daños: Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. 1.6. Agravante del delito de receptación. 2. *La falsificación de obras de arte.* 3. *Delito de contrabando.* 4. *Modalidad de los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo.* 5. *Tipos específicos: delitos relativos a la protección del patrimonio histórico.* 5.1. Los delitos relativos a la protección del patrimonio histórico. 5.2. Derribo o grave alteración de edificios singularmente protegidos. 5.3. Prevaricación agravada. 5.4. Daños sobre bienes del Patrimonio Histórico. 5.5. Daños por imprudencia grave. 5.6. Concursos. 6. *Protección penal del derecho de autor.* 6.1. Delitos relativos a la propiedad intelectual. 6.2. Elementos normativos: Conceptos básicos de la LPI. 6.3. Los delitos contra la propiedad intelectual. En particular, las descargas ilegales y el “Top Manta”. 7. *Obscurecimiento del derecho a la expresión artística.* 8. *Arte y vandalismo: punición*

1. Trabajo presentado a la VI edición del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte y seleccionado por el Jurado para su publicación (N. del E.).

y protección penal del grafiti. 9. *Coleccionismo y tenencia de armas y explosivos*.
 III. ARTE Y PROTECCIÓN ANIMAL: A VUELTAS CON LOS TOROS.
 1. *Introducción: protección jurídica de los animales*. 2. *Amparo jurídico-penal de los animales*. 2.1. Regulación en el Código penal. Evolución. 2.2. El bien jurídico protegido. 2.3. La excepción de la tauromaquia: ¿una justificación artística? 3. *Conclusiones*. IV. ¿REPRESIÓN PENAL DEL ARTE? 1. *Enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas*. 2. *Injurias a la Corona*. 3. *El necesario límite entre lo moral y lo delictivo*. V. GENOCIDIO CULTURAL. 1. *Un genocidio... ¿cultural?* 2. *El ECPI y el traslado forzoso de niños de un grupo a otro*. 3. *Genocidio cultural en el Código Penal*. 4. *Relevancia y actualidad de la cuestión*. 5. *Propuestas de "lege ferenda"*. VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. VII. BIBLIOGRAFÍA. 1. *Referencias bibliográficas*. 2. *Referencias jurisprudenciales*. 3. *Referencias normativas*.

Resumen

Este estudio tiene por objeto analizar la protección que encuentran el arte y la cultura en nuestro ordenamiento frente a las lesiones más graves, y que se articula a través de la protección jurídico-penal de los mismos. El art. 46 de la Constitución contiene un mandato a los poderes públicos de conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, artístico y cultural español, especificando que la ley penal “sancionará los atentados contra este patrimonio”. Diversas figuras jurídico-penales protegen el arte: agravaciones en delitos contra el patrimonio; delito de contrabando; modalidades de los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo; los delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y la protección penal del derecho de autor. Esto último plantea varios supuestos relevantes: los de descargas y reproducciones ilegales de contenido protegido en Internet, y la distribución que constituye el “Top Manta”. A ello se añaden otros dilemas: tanto, por una parte, la regulación del grafiti (su punición y protección penal); los lindes entre el coleccionismo y la tenencia de armas y explosivos; y, por otra parte, los límites del arte (en particular, si se puede ver limitado por la protección animal) y los límites al arte (en concreto, si existe una represión penal del arte). Por último, se analiza la posible punición penal de la mayor lesión a la cultura: el genocidio cultural.

Palabras clave

Derecho penal del arte, propiedad intelectual, “Top Manta”, tauromaquia, genocidio cultural.

Abstract

The aim of this essay is to analyse the legal protection of art and culture in Spain, particularly it analyses the protection given by the criminal law against

the biggest damages to art and culture. Article 46 of the Spanish Constitution contains a command for the public authorities to preserve and enrich the historic, artistic and cultural Spanish heritage. There exist various criminal figures protecting art: aggravating circumstances for offences against the heritage, contraband, offences against the city planning, offences against the historical heritage and offences against the intellectual property. The study of the offences against the intellectual property brings to light some relevant cases relative to illegal downloads and streaming services and to the “bootleg peddler” (“*Top Manta*”). Also, other dilemmas have been analysed: the *graffiti* regulation, the boundaries between collecting and the possession of arms and explosives, and the limits *of* art (particularly, if it can be limited because of the animal welfare) and the limits *for* art (specifically, if there is an actual repression of art). Lastly, it is analysed the criminal sanction of the biggest harm for culture: the cultural genocide.

Keywords

Criminal art law, intellectual property, “bootleg peddler”, bullfighting, cultural genocide.

I. ARTE Y DERECHO: UNA INTRODUCCIÓN

Oscar Wilde señalaba que el arte “es la forma más intensa del individualismo que el mundo ha conocido”². Los crímenes que afectan al arte y la cultura son, precisamente, la mayor forma de lesión del arte que se observa en el ámbito jurídico. Por ello, y porque la mayoría no son de escasa habitualidad en su comisión, este trabajo tiene por objeto el análisis de los delitos que afectan al arte y la cultura.

1. ¿QUÉ ES EL ARTE? APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

No es fácil encontrar una definición unitaria de arte, como es característico de un concepto indeterminado. La Real Academia Española define el arte (en el número 2), como la “manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros”. Es esta la definición la que más se adecúa al contenido del derecho al arte, más allá de otras definiciones que hayan podido darse y que también engloban otros significados de arte, pero no el derecho al arte (así, *v. gr.* dentro de las definiciones de la RAE se encuentran las de “capacidad,

2. ROLDÁN, Julio: *La ciudadanía mundial*, Editorial Tectum Wissenschaftsverlag, Baden, 2014, p. 362.

habilidad para hacer algo”, “conjunto de preceptos y reglas necesarios para hacer algo”, o “disposición personal de alguien”)³.

En todo caso, se ha definido el arte (vocablo derivado de la voz latina *ars, artis*) en numerosas ocasiones, no solo desde la doctrina jurídica, sino también en otros ámbitos, como la historia del arte o la filosofía, donde también encuentra una especial relevancia.

Desde la Historia del arte, *v. gr.*, Juan Antonio RAMÍREZ ha definido el arte como “documento insustituible para conocer aspectos ‘no artísticos’ del pasado”, y como “aportación a la configuración de las mentalidades”⁴.

En el ámbito de la filosofía, LONGINO señalaba en su tratado sobre lo sublime que el “Arte” se caracteriza por dos aspectos: el “que se haga entender bien el asunto” y, el principal: “mostrar cómo y por qué medios se puede adquirir lo que se enseña”⁵. KANT señalaba que “una belleza natural es una cosa bella; la belleza artística es una bella representación de una cosa”, debiéndose apoyar el arte “sobre un concepto de lo que debe ser la cosa”⁶. HEGEL, por su parte, señalaba que “la belleza artística es superior a la naturaleza”, y que goza de libertad de producción y formas⁷.

En todo caso, hay que tener en cuenta que el arte no solo se caracteriza por encontrarse integrado por elementos objetivos (plasmación de lo real o imaginario con diversos recursos), sino también subjetivos (la apreciación que se tiene de este arte), que hacen que el concepto de lo que es y no es el arte varíe sustancialmente a través del espacio y tiempo.

Sin embargo, el concepto jurídico indeterminado que es el “arte”, en nuestro Derecho viene íntimamente ligado al concepto del valor histórico, cultural o artístico de los bienes, que, como se verá, se ha definido por el Tribunal Constitucional como las “singulares características” que dotan a los bienes de unos valores que les hacen acreedores de especial protección. Por otra parte, según el Preámbulo de la Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, éste es “una riqueza colectiva que contiene las expresiones más

3. Si bien no está exento de crítica. Autores como MARTÍNEZ DALMAU han defendido la incorporación de un derecho específico al arte “no solo como manifestación artística, sino como cualidad humana capaz de alcanzar niveles de sensibilidad imposibles o muy difíciles de obtener por otras vías”. *Vid.* MARTÍNEZ DALMAU, Rubén: “Arte, derecho y derecho al arte”, *Revista Derecho del Estado* n.º 32, enero-junio de 2014, p. 54.

4. RAMÍREZ, Juan Antonio, et al.: *Historia del arte*, Editorial SM, 2002, p. 11.

5. LONGINO, Dionisio: *Tratado de Rhetorica: El Sublime*, Madrid, Editorial MAXTOR, 1770 (Ed. 2001), p. 2.

6. KANT, Immanuel: *Crítica del juicio*, Biblioteca Virtual Universal, 2003, p. 101.

7. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *Lecciones de estética*, Ediciones Península 62, Barcelona, 1991, pp. 6 y ss.

dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal”, añadiendo que “su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos, porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando”.

2. EL DERECHO AL ARTE Y SU PROTECCIÓN. EN PARTICULAR, PROTECCIÓN PENAL

Históricamente, la relación entre Derecho y arte no ha sido especialmente intensa. Como ya se ha señalado por algún autor, el Derecho se ha ocupado más de regular el arte que de protegerlo⁸.

HEGEL señalaba que puede parecer que el arte bello “no sería un objeto *adecuado* para un tratado *auténticamente* científico”, porque la belleza artística se ofrece “al *sentido*, a la sensación, a la intuición, a la imaginación, tiene un territorio distinto del que corresponde al pensamiento, y por ello la captación de su actividad y sus productos exige un órgano distinto del pensamiento científico”⁹. Sin embargo, como concluye el propio HEGEL, ello se basa en una falsa representación de que la consideración filosófica puede carecer de carácter científico¹⁰.

En todo caso, y como se ha expresado ya, cabe entender que el arte se integra por elementos objetivos como subjetivos, y que puede ser percibido objetiva y subjetivamente, si bien, en cualquier caso, de la misma manera que puede ser objeto de análisis científico, merece protección jurídica.

Por otra parte, hay que tener en consideración que el desarrollo más tardío del constitucionalismo llevó consigo la inclusión en las constituciones más modernas del derecho al arte.

En el caso de España, el primer tercio del pasado siglo se comienza ya a desarrollar la protección del patrimonio artístico, lo que encuentra un especial reflejo en el art. 45 de la Constitución Española de 1931, donde se indicaba que “toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado”, añadiendo *in fine* que “el Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor histórico o artístico”.

8. En este sentido, *vid.* MARTÍNEZ DALMAU, Rubén: *op. cit.*, p. 36.

9. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *op. cit.*, p. 8.

10. *Ídem*, p. 13.

Esta regulación fue determinante para la aprobación de la Ley relativa al Patrimonio Artístico Nacional, de 25 de mayo de 1933¹¹. Según su art. 1, constituyen éste cuantos inmuebles y muebles de interés artístico, arqueológico, paleontológico o histórico haya en España de antigüedad no menor a un siglo; y también aquellos que sin esta antigüedad tengan un valor artístico o histórico indiscutible, exceptuando, naturalmente, las obras de autores contemporáneos.

El art. 46 de la Constitución Española de 1978 señala, entre los principios rectores de la política social y económica, que “los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”. Por tanto, se impone un mandato a los poderes públicos de proteger el patrimonio histórico, artístico y cultural, no solo a través de medidas prácticas y reguladoras, sino particularmente mediante la punición penal de los actos atentatorios contra el mismo. Y todo ello con independencia de su régimen jurídico y la titularidad.

Por otra parte, en relación con la determinación de qué bienes se incluyen en el Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico, la STC 17/1991¹², se refiere a la existencia de “un estatuto peculiar de unos determinados bienes que, por estar dotados de singulares características, resultan portadores de unos valores que les hacen acreedores de una especial consideración y protección, en cuanto dichos valores, y hasta los mismos bienes, son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la comunidad internacional por constituir una aportación histórica a la cultura universal”. Ello se ve complementado por la STC 122/2014, que indica que “la función social última de los bienes que son portadores de valores singulares de carácter histórico, artístico o cultural, y en especial de los que por ser los más relevantes de entre ellos son declarados formalmente bienes de interés cultural, es asegurar que dichos valores puedan ser conocidos y disfrutados por todas las personas”¹³.

Asimismo, el art. 20.b) de la Constitución reconoce y protege los derechos “a la producción y creación literaria, artística, científica, y técnica”.

En todo caso, la protección no se restringe al ámbito nacional, pues ya el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

11. *Vid.* otros antecedentes en PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y LAZARI, Antonio (Coords.): *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 8 y ss.

12. STC 17/1991, de 31 de enero (Ponente D. José Gabaldón López).

13. STC 122/2014, de 17 de julio (Ponente D. Juan José González Rivas).

2. 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.

El fundamento último de esta articulación protectora del derecho al arte se encuentra, indudablemente, en los derechos humanos, y, en particular en la concepción de que todos los individuos somos iguales, libres y dignos, por lo que de ello se deriva la necesidad de proteger todas aquellas manifestaciones artísticas y culturales que se configuren como manifestación de la libertad y autonomía de los individuos (siempre que, a su vez, no supongan una grave vulneración de los derechos humanos de otros individuos).

A la vista de todo lo anterior y, en particular, a raíz del mandato constitucional del art. 46, nuestra legislación penal (tanto a través del Código penal, como con una sutil referencia en la Ley para la Represión del Contrabando) ha venido protegiendo, a través de distintos mecanismos, el derecho al arte y sus manifestaciones.

II. PROTECCIÓN PENAL DEL ARTE EN DERECHO ESPAÑOL

Como se ha señalado, se han articulado diferentes mecanismos de protección penal del arte y las manifestaciones culturales, que se analizan a continuación, y se traducen: por una parte, en agravaciones en diferentes delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico (delitos de hurto, estafa, daños, receptación); por otra parte, en tipos específicos de protección del patrimonio histórico español; también en otros delitos (alguna modalidad del delito de contrabando); el delito de obstaculización en el ejercicio del derecho a la expresión artística, la protección del derecho de autor y, en una modalidad tangencial, el genocidio cultural. En adición, se plantean algunos conflictos particulares en relación con determinadas cuestiones, como el vandalismo, el coleccionismo de armas con fines artísticos, o la protección animal, que también se analizan en el presente apartado. Más allá de todo ello, se debe tener en cuenta que entran en juego también delitos relativos al crimen organizado, como el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, cuyo análisis se sitúa, sin embargo, extramuros de este estudio.

1. AGRAVACIONES EN DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

1.1. Modalidad agravada de los delitos de hurto y robo con fuerza

No son escasos los casos famosos de robos y hurtos de obras de arte (en particular, de obras pictóricas). Ha adquirido especial notoriedad, por ejemplo, el hurto en 1911 de “La Gioconda” de Da Vinci del Louvre, que llevó a que

los visitantes del museo acudiesen para contemplar el hueco que ésta había dejado (recuperándose la obra 2 años después)¹⁴. También son muy conocidos los robos de las obras de Velázquez. Por una parte, el robo a mano armada de un retrato del autor de la Galería Estense, que tuvo lugar en 1992 y fue recuperado en 1995¹⁵; por otra parte, la sustracción de dos cuadros de Velázquez del Palacio Real de Madrid, en 1989, que todavía hoy sigue sin resolver¹⁶. De hecho, la policía almacena en el archivo “Dulcinea” más de 8.000 obras de arte sustraídas en las últimas décadas¹⁷.

El artículo 235 del Código penal sanciona en el número 1.º del apartado 1 como modalidad agravada del delito de hurto¹⁸ los supuestos en que lo sustraído sean “cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”. Esta agravación es también de aplicación al delito de robo con fuerza en las cosas de conformidad con los arts. 240.2 y 241.4 del Código penal.

Tal punición específica encuentra fundamento en el art. 46 CE, y, según la jurisprudencia mayoritaria, consiste en elementos normativos de contenido social, por lo que no se precisa la declaración administrativa previa de interés o valor artístico, histórico, cultural o científico. En cambio, lo relevante es que “pertenezcan al acervo cultural de todos los españoles”¹⁹, y ello al margen de la titularidad dominical de los bienes. En este sentido, en la SAP de Valladolid 1281/1998, de 9 de diciembre²⁰, la AP señalaba en relación con los bienes

14. SORREL-DEJERIN, Olivia: “El robo que lanzó a la fama a la Mona Lisa”, *BBC*, 15 de diciembre de 2013. Recuperado a partir de: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/12/131209_mona_lisa_robada_finde (última fecha de consulta: 22/08/2019).
15. SÁNCHEZ, Gonzalo: “El Velázquez que sobrevivió a su robo y a un terremoto, estrella en Módena”, *La Voz de Galicia*, 29 de mayo de 2015. Recuperado a partir de: <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/cultura/2015/05/29/velazquez-sobrevivio-robo-terremoto-estrella-modena/00031432919536268685327.htm> (última fecha de consulta: 22/08/2019).
16. EUROPA PRESS: “Tras 20 años la Policía sigue sin lograr resolver el robo de dos cuadros de Velázquez en el Palacio Real”, *Europapress*, 29 de diciembre de 2010. Recuperado a partir de: <https://www.europapress.es/madrid/noticia-20-anos-policia-sigue-lograr-resolver-robo-dos-cuadros-velazquez-palacio-real-20101229111733.html> (última fecha de consulta: 22/08/2019).
17. *Ibidem*.
18. El delito de hurto castiga en el art. 234 al que, “con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño”. El delito de robo con fuerza en las cosas sanciona a los que “con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran [...] sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren” (determinado por la concurrencia de las circunstancias previstas en los arts. 238 y 239 CP).
19. CORCOY BIDÁSULO, Mirentxu (Dir.): *Derecho penal, Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 454.
20. SAP de Valladolid 1281/1998, de 9 de diciembre (Ponente, D. Feliciano Trebolle Fernández).

robados que “no basta el hecho de que estén inventariados en el catálogo diocesano o provincial, sino que es precisada una prueba plena de que los efectos sustraídos sean de especial interés artístico, histórico o cultural”. Añadiendo la sentencia:

“El fin del tipo agravado es dar una mayor protección al patrimonio histórico, artístico y cultural, a la clase de bienes a que se refiere el artículo 46 de la Constitución Española [...]. No basta con que el objeto sustraído tenga un valor artístico, es necesario un plus más, que sean bienes de especial valor artístico, cultural y científico, insertos en la línea de protección del art. 46 de la Constitución Española”.

En definitiva, ni es suficiente ni es necesaria la declaración administrativa previa de interés o valor artístico, histórico o cultural. Además, la Ley de Patrimonio Histórico de 1985 ya citada reconoce que los bienes inventariados solo son una categoría de bienes protegidos (en este sentido, en el art. 1.3 se señala que “los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley”). Y en este sentido se pronuncia también el Tribunal Constitucional en la STC 181/1998, de 17 de septiembre²¹. Hay también que tener en consideración que el art. 46 de la Constitución Española ya aclara que la protección es independiente de “su régimen jurídico y su titularidad”.

Por último, en estos delitos entra en juego un ejemplo clásico de error de tipo vencible (es decir, A hurta a B un cuadro sin saber que tiene especial valor artístico pero pudiendo haberlo conocido). En caso de tratarse de un error vencible, al no existir modalidad imprudente de estos delitos no se podrá aplicar la agravante en la modalidad imprudente, sancionándose únicamente el tipo básico doloso²².

1.2. Modalidad agravada del delito de estafa

En el art. 248 CP se castiga el tipo básico del delito de estafa sancionando a los que “con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”, introduciéndose una agravación en el número 3.º del apartado 1 del art. 250 para los supuestos en que recaiga “sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico”.

21. STC 181/1998, de 17 de septiembre, FJ 8.

22. PÉREZ ALONSO, Esteban: *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 42-46.

En su contenido es idéntica esta agravación a la ya mencionada que integra los delitos de hurto y robo con fuerza.

En todo caso, también podría plantearse la falta de necesidad de esta agravación, si bien es preciso aclarar que, aunque en el número 1.º del mismo apartado se incluye como agravación la que recaiga “sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social”, como ya se ha señalado por autores como GONZÁLEZ CUSSAC, de nuestra jurisprudencia se desprende que esa utilidad social no incluye los objetos de relevancia histórico, cultural o artístico, pues la utilidad social solo se predica de las viviendas que, no siendo de primera necesidad, “sean prácticamente estimadas como tales por perseguir fines colectivos”²³.

El delito de estafa cobra especial relevancia al ser una de las modalidades típicas a través de las que se sanciona la falsificación de obras de arte (*vid. infra* 2). PÉREZ-PRAT DURBÁN ha hecho referencia a la relevancia de la falta de interés en denunciar, que se deriva directamente del prestigio al que puede afectar la denuncia: pues, tratándose de un museo, “aceptar que algunas de sus piezas pueden constituir, o haber constituido, una falsificación acaba por dañar la colección entera que allí se exponga, por diseminar entre las obras de arte la sospecha sobre su autenticidad”²⁴.

Uno de los problemas principales que ha producido un crecimiento en el número de estafas relacionadas con bienes artísticos o culturales es el desarrollo de Internet, pues es especialmente fácil el desarrollo de una estafa en las ventas sobre bienes culturales por medio de esta vía. Ello ha sido determinante, según PÉREZ-PRAT DURBÁN para “contornear las normas internas e internacionales que combaten el tráfico ilícito de tales bienes”²⁵, derivándose en “la adopción conjunta por INTERPOL, la UNESCO y el ICOM de unas Medidas básicas relativas a los bienes culturales que se ponen a la venta en Internet, producto de la tercera reunión anual del grupo de trabajo de dichas organizaciones, celebrada los días 7 y 8 de marzo de 2006”²⁶, aunque ninguna medida está dirigida a combatir ese tráfico concreto²⁷.

En cuanto a los fenómenos que integran el delito, según el TS, el negocio jurídico que consiste en que una sociedad proceda a la adquisición de

23. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.): *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 364.

24. PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis: “La falsificación de obras de arte, ¿un problema internacional?”, en PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y LAZARI, Antonio (Coords.), *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 170.

25. *Ibidem*.

26. *Ibidem*.

27. *Ibidem*.

obras de arte y a su venta a terceros por un precio determinado, y que añada un compromiso de recompra por un precio superior pasado un período de tiempo establecido en el contrato, no presenta en sí mismo los caracteres del delito de estafa (STS 94/2018, de 23 de febrero²⁸). En cambio, concluye el TS que:

“No ocurre lo mismo cuando se oculta al cliente que los objetos que se le venden como obras de arte, o una parte importante de ellos, tienen en el mercado un valor notoriamente inferior a aquel en que se adjudican al cliente, siendo incluso a veces inexistente; cuando se le oculta que esos mismos objetos no pueden ser vendidos por la sociedad a terceros en el mencionado mercado al precio en que se le ha vendido al cliente, pues nadie pagaría ese precio por ellos; y cuando se le oculta, además, que para hacer frente al compromiso de recompra, dada la realidad de las cosas, la sociedad necesita ineludiblemente que otros clientes adquieran otros objetos como obras de arte, para destinar el precio pagado por éstos a cubrir aquellos compromisos²⁹”.

Como señala el Tribunal, en estos casos el cliente adquiere un objeto engañado acerca de su valor de mercado, sus posibilidades de revalorización, y la posibilidad de la sociedad de hacer frente al compromiso de recompra que contrae el cliente.

1.3. Modalidad agravada del tipo residual de apropiación indebida

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, el art. 253 castigaba el delito de apropiación indebida, introduciendo una agravación para los supuestos en que “se tratara de cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico”. Sin embargo, la LO 1/2015 suprime la agravación en el tipo básico³⁰, pero la traslada al tipo residual del art. 254. De esta manera, se agrava la pena si los bienes son de valor histórico, artístico, cultural o científico sólo para “quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena”.

28. Tribunal Supremo, Sala de lo penal, Sección 1. Sentencia n.º 94/2018, de 23 de febrero. Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca. FJ 1.

29. *Ibidem*.

30. Por el tipo básico de apropiación indebida se sanciona, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, a “los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”, diferenciándose la pena según si la cuantía de lo apropiado excede o no de 400€.

Se ha considerado que en la referencia a los supuestos que se encuentran fuera del tipo básico de apropiación indebida se encuadran los supuestos de apropiación de cosa perdida o entregada por error del transmitente (así se recogía en el tipo residual antes de la LO 1/2015: “El que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución [...]”). Así, en el Preámbulo de la Ley se indica que estos casos incluyen aquellos en que no hay quebranto de un deber de custodia.

Por tanto, supone una agravación para la apropiación indebida el carácter artístico o cultural de los bienes, pero sólo (desde la LO 1/2015) en aquellos supuestos no incluidos en el tipo básico: es decir, en los casos en que, por ejemplo, se entrega un cuadro de Goya, por error, a una determinada persona o entidad, y esta se lo apropia; o cuando, cuando alguien se apropia de un cuadro de Monet que se pierde en un traslado a una colección temporal de otro Museo.

1.4. Modalidad agravada del delito de daños

El art. 263 del Código penal se configura como un delito residual o negativo, al castigar los “daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código”. El art. 263.2, en su número 4, establece una modalidad agravada para los supuestos “que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal”. Si bien esta modalidad no se refiere específicamente a bienes artísticos o culturales, hay que tener en cuenta que muchos de los bienes de uso público lo son, y por ello tiene especial relevancia en relación con los mismos. Piénsese, por ejemplo, en un sujeto que lleva a cabo daños en una exposición pública de pintura al óleo del Ayuntamiento de Vigo. En todo caso, hay que tener en cuenta que la doctrina mayoritaria sostiene que lo importante es que integren los bienes comunales a los que se refieren los arts. 79.3 y 80 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril³¹.

Sin embargo, esta agravación entra en concurso de leyes con los delitos contra el Patrimonio Histórico y Artístico (que se analizan con posterioridad), en particular, con los daños causados en bienes de valor histórico, artístico,

31. El artículo 79 dispone que: 1. El patrimonio de las Entidades locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan; 2. Los bienes de las Entidades locales son de dominio público o patrimoniales; 3. Son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público. Tienen la consideración de comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos. El art. 80 indica que 1. Los bienes comunales y demás bienes de dominio público que son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno; 2. Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado.

científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos, tipificados en el art. 323 CP, prevaleciendo esta última calificación por el principio de especialidad³².

También se estudiará *infra* 5), específicamente, la problemática del “grafiti” que se relaciona, precisamente, con el delito de daños.

1.5. Modalidad específica de daños: Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural

Por otra parte, el art. 289 del Código penal sanciona al que “por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad”.

Respecto de esta figura, que no es desconocida en códigos extranjeros³³, se ha señalado que se trata de un delito que protege los intereses sociales, “la función social de la propiedad”³⁴. El delito tiene la estructura de un delito de daños, aunque bastante amplio, pues comprende no solo el daño, inutilización o destrucción de cosa propia con utilidad social o cultural, sino también la sustracción de la misma “al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad”, configurándose, por tanto, como un delito con diversas conductas alternativas. Sin embargo, como ya se ha indicado por otros autores, es difícil que esta conducta se integre por la simple ocultación de la cosa³⁵.

Este precepto no entra en concurso con el delito de daños a los objetos mencionados en el art. 323 y 324, pues estos se refieren a cosas “ajenas”, y el delito que ahora se analiza se caracteriza, precisamente, por referirse a cosas propias.

32. En este sentido se pronuncia la ya citada STC 181/1998, de 17 de septiembre (como se verá).

33. *Vid.*, por todos, RENART GARCÍA, Felipe: “El tipo de injusto en el delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”, en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y BUENO ARÚS, Francisco (Coords.): *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 989-1012.

34. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 422-423. En cambio, RENART GARCÍA, Felipe: *op. cit.*, p. 998, concluye que lo que realmente se tipifica en el artículo es la sustracción a la utilidad social o cultural, siendo la referencia al daño, inutilización o destrucción de la cosa propia una mera indicación de alguna de las modalidades comisivas. Como indica este autor, avala esta conclusión la misma rúbrica del Capítulo.

35. En este sentido señala MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, que “romper un cuadro de Goya por parte de su propietario para impedir que se lo lleven a un Museo entraría dentro de este artículo, pero no el esconderlo”.

1.6. Agravante del delito de receptación

Por otra parte, el art. 298, en su apartado 1, sanciona al que “con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos”. En el mismo apartado, en la letra a), tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se agrava la pena para los casos en que “se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico”.

2. LA FALSIFICACIÓN DE OBRAS DE ARTE

La falsificación de obras de arte es uno de los principales mecanismos de afectación al mercado del arte, y suscita la cuestión de “la confrontación del valor estético con la autenticidad, de la Belleza con la Verdad”³⁶. Sin embargo, nuestra normativa penal no tiene una tipología específica de los delitos de falsificación.

En su defecto, se recurre a los delitos de estafa (*vid. supra* 1.2) y a los delitos de falsedad documental³⁷, recurriéndose también en la práctica a los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (art. 270.1 CP, analizados *infra* 5). Así, pese a que en realidad la falsificación no supone un plagio sin un “‘plagio invertido’, esto es, cuando un autor poco conocido atribuye una obra propia a un autor de reconocido prestigio, con ánimo de beneficio económico, aprovechándose de la fama y crédito de éste”³⁸. La reforma del año 2015 que modificó los delitos relativos a la propiedad intelectual deja, sin dudas, abierta la posibilidad de la punición a través del artículo de la falsificación a través de copias exactas de la obra original. En este sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA ha indicado que al introducirse la modalidad de explotación económica entre el tipo básico del art. 270.1 queda claro que se puede considerar que las falsificaciones son una modalidad de comisión del tipo, tanto como transformaciones (que conforman una forma de explotación económica) o recurriendo directamente a la nueva fórmula genérica de explotación económica, presumiéndose que el creador de la obra falsificada pretende obtener un beneficio económico³⁹.

36. PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis: *op. cit.*, p. 168.

37. GUIASOLA LERMA, Cristina: “La prevención delictiva en las transacciones artísticas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.): *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 456.

38. *Ibidem*.

39. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: “Nuevos contornos de protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del CP de 2015”, en VVAA: *Estudios sobre la Ley*

En cualquier caso, en materia de falsificación de obras de arte son importantes los procesos de debida diligencia (principalmente desarrollados por los compradores), si bien en este estadio entra en juego el problema de que las falsificaciones de obras de arte suelen venir acompañadas de falsificaciones de documentos⁴⁰.

La falsificación de obras de arte suele ir seguida de su posterior circulación ilícita, muchas veces transnacional: entra en juego el contrabando de bienes culturales.

3. DELITO DE CONTRABANDO

También en la legislación especial hay una referencia a los delitos contra el patrimonio. En particular, es la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando la que determina una especial protección a los bienes culturales integrantes del Patrimonio Histórico Español.

En el apartado 2 del art. 2 se indica (en su redacción dada por la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio⁴¹) que “Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos: a) Exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito”.

La conducta, por tanto, consiste en la exportación o expedición de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. Se establece, como elemento negativo del tipo, la falta de la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria (o su obtención mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino de los productos o de otro modo ilícito).

Autores como GÓMEZ DE LIAÑO han indicado que el bien jurídico protegido no tiene carácter económico, en esta concreta figura, sino cultural⁴².

de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes, Dykinson, Madrid, 2016, p. 815.

40. PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis: *op. cit.*, p. 172.

41. Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

42. GÓMEZ DE LIAÑO POLO, Gonzalo: “Delitos contra el patrimonio cultural. Especial estudio de contrabando de patrimonio histórico artístico”, *Documentos*, N.º 12/06, Instituto de Estudios Fiscales, 2001, pp. 11-12.

En todo caso, es preciso aclarar que no hay acuerdo en la doctrina acerca de si los bienes que integran el objeto material de este delito han de estar catalogados como patrimonio artístico, histórico o arqueológico⁴³, si bien la doctrina mayoritaria defiende, en vistas de una mayor protección de los bienes, la falta de necesidad de tal requisito formal⁴⁴, postura que parece más acertada.

Además, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el art. 2, apartado 3, letra a) de la Ley, no será necesario que se alcance el valor de 50.000 euros si el delito se realiza a través de una organización (ello sin perjuicio, desde luego, de que también puedan integrar otros supuestos genéricos de contrabando, si bien prevalecerán los expresados por razón de especialidad). Además, también se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en las condiciones establecidas en el art. 2.6 y cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis CP. No es extraño este supuesto, pues la criminalidad organizada también tiene entre sus focos de atención el mercadeo de obras de arte. El mercado del arte no deja de crecer y tiene una serie de ángulos ciegos que lo hacen atractivo para el crimen organizado (mercados sin regularizar, opacos, bajo el amparo de “colecciones privadas”, pagos en metálico⁴⁵ y puertos francos⁴⁶). Por último, da cuenta de la importancia de estas actividades delictivas, en el marco de esa criminalidad organizada del arte, el vigor con el que entran en juego los delitos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo⁴⁷ (el terrorismo del Daesh se financia desde hace años, de hecho, con la venta ilegal de arte⁴⁸).

4. MODALIDAD DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO

El Título XVI del Libro II del Código penal se rubrica “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medioambiente”. Dentro de este Título se comprenden cinco capítulos: “De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”

43. Ha defendido esta posición, *u. gr.*, ROMERO ESCABIAS DE CARVAJAL, José: “Delitos contra la salud pública y contrabando”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2000, p. 314.

44. *Vid.* por todos GÓMEZ DE LIAÑO POLO, Gonzalo: *op. cit.*, pp. 14-15.

45. PERIAGO MORANT, Juan J.: “Puertos francos: zonas de impunidad en la protección de bienes culturales”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.): *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Dra. Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 686.

46. *Ibidem*, pp. 691 y ss.

47. *Ibidem*, p. 689.

48. ABC, “La cara oculta del mercado ilegal de arte: terrorismo y organizaciones criminales”, 31 de octubre de 2020. Recuperado de https://www.abc.es/cultura/arte/abci-cara-oculta-mercado-ilegal-arte-terrorismo-y-organizaciones-criminales-202010211814_noticia.html

(Capítulo I), “De los delitos sobre el patrimonio histórico” (Capítulo II), “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” (Capítulo III), “De los delitos relativos a la protección de la flora y fauna” (Capítulo IV), y “Disposiciones comunes” (Capítulo V).

Más allá de los tipos específicos destinados a la protección del patrimonio histórico, que son objeto de estudio en el apartado siguiente (*vid. infra*), los tipos comprendidos en el primero de los capítulos contemplan una modalidad que afecta al valor “artístico, histórico o cultural” de determinados lugares, por lo que también deben analizarse aquí.

Pues bien, este Capítulo I responde a “la necesidad de reaccionar penalmente contra los abusos urbanísticos más graves”⁴⁹. La propia Constitución, señala en el art. 47 que todos los españoles “tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, añadiéndose que los poderes públicos “promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

El bien jurídico comprende, por tanto, la protección penal contra los abusos urbanísticos. Además, también se protegen los lugares con valor “paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural”, o de especial protección, precisamente en la modalidad que es objeto de estudio en este apartado.

En efecto, el art. 319.1 sanciona, como modalidad cualificada, a “los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”.

Como se ha señalado, representa un tipo cualificado respecto al recogido en el mismo artículo en su apartado segundo. La protección se dirige, como ha señalado MUÑOZ CONDE, a evitar las obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en determinados suelos “cuya protección es especialmente sensible”⁵⁰: los suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público, o (lo que interesa más a efectos de este trabajo) los lugares de reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural.

El tipo objetivo introduce el requisito del reconocimiento legal o administrativo de dicho valor, por lo que será necesario que el reconocimiento se articule por vías legales, reglamentarias o por otras vías administrativas.

49. CARPERI: *Derecho penal, Parte especial, Judicatura*, Ed. Carperi, Madrid, 2018, p. 44-1.

50. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, p. 499.

Algunos autores han señalado que por lo improbable de la fenomenología es difícil que la construcción “tenga lugar en plena calle, en jardines o espacios monumentales”, dirigiéndose más bien a la protección de los supuestos en que los suelos, “no siendo aún zonas verdes o viales, tengan previsto dicho destino en los correspondientes planes de ordenación”⁵¹ o en los casos de construcción en zonas de reconocido valor paisajístico o ecológico, artístico, histórico o cultural.

Por último, MUÑOZ CONDE ha resaltado que el empleo de conceptos normativos en el tipo facilita que se alegue la situación de error, y, con ello la exclusión de responsabilidad penal⁵², y ello por la confluencia, por una parte, de la regulación del error de tipo en el apartado 1 del art. 14 del Código (que, sanciona el error de tipo vencible como imprudente), con, por otra parte, el catálogo cerrado de *crimina culposa* en el Código (que excluye la sanción de los delitos imprudentes que no se hallen expresamente tipificados), con lo que se facilita la impunidad de las conductas.

5. TIPOS ESPECÍFICOS: DELITOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

5.1. Los delitos relativos a la protección del patrimonio histórico

Como se ha señalado, el Capítulo II del Título XVI del Código penal se rubrica “De los delitos sobre el Patrimonio Histórico”, y comprende los arts. 321 a 324.

LUZÓN CUESTA ha indicado que este Capítulo no figuraba en el Proyecto de 1994, que incluía dos de los artículos en el Capítulo anterior y dos en el Capítulo “De los daños”. Se introdujo en el Trámite de Ponencia en el Senado, por enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, que señaló que “la enumeración de los objetos de protección que se realiza en estos preceptos es la que contiene la Ley del Patrimonio Histórico, en el ámbito administrativo”⁵³.

Estos delitos fueron modificados por el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo. El Preámbulo de esta ley dispone que “desaparecen las faltas consistentes en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del artículo 626, así como la causación de daños de escasa entidad en bienes de valor cultural, que pueden reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad, o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de bienes de dominio público, también puede acudir a la sanción administrativa”.

51. *Ibidem*, p. 500.

52. *Ibidem*.

53. LUZÓN CUESTA, José María: *Compendio de Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 298.

Los delitos de este Capítulo responden a la previsión del art. 46 de la Constitución, ya mencionada, según la cual los poderes públicos “garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad”, y, “la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”. En todo caso, como refleja, precisamente, este trabajo, la protección de los bienes que componen el patrimonio histórico, se articula también a través de otras figuras del Código.

Debe tenerse en cuenta la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (modificada por la Ley 10/2015, de 28 de mayo, para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial; y por el Real Decreto Ley 2/2018, de 13 de abril, que modifica el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual).

Los bienes objeto de protección se individualizan “por su valor social en cuanto expresión de su cultura y de sus señas de identidad”⁵⁴. Según la STC 181/1998, de 17 de septiembre (en relación con los arts. 557 y 558 del anterior Código Penal) “lo que deba entenderse por Patrimonio Histórico-Artístico Nacional constituye un concepto normativo que es necesario integrar con la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español”⁵⁵. En particular, el art. 1.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español dispone que integran el mismo “los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico” y que “también forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”.

Está implícito un elemento negativo en todos los tipos: el que no se trate de bienes propios, pues, en dicho caso, se aplicará el art. 289 (daños en cosa propia)⁵⁶.

El bien jurídico protegido tiene, por tanto, una dimensión colectiva y social: es el valor cultural y social de dichos bienes, “pasando a un segundo plano su valor económico”⁵⁷, siendo posible que se trate de bienes de gran valor cultural sin valor económico (*v. gr.* al encontrarse en estado ruinoso).

5.2. Derribo o grave alteración de edificios singularmente protegidos

El art. 321 castiga a “los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental”.

54. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, p. 527.

55. Tribunal Constitucional (Sala 1). Sentencia n.º 181/1998, de 17 de septiembre. Ponente D. Pablo García Manzano, FJ 8.

56. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, p. 528.

57. *Ibidem*.

Las penas son de prisión o multa e inhabilitación especial para profesión u oficio en todo caso. Además, se indica que, en cualquier caso, “los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

Se trata de un delito de daños “tipificado expresamente por razón de la dimensión supraindividual del objeto sobre el que recae”⁵⁸.

El tipo expresa dos conductas diferenciadas: el derribo o alteración grave de los edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental.

El “derribo” supone “tanto la demolición total del edificio como la que afecta a una parte de la construcción”⁵⁹. La alteración grave incorpora un elemento normativo que se puede completar por las previsiones de modificación establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal⁶⁰. Además, de acuerdo con la STS 654/2004, de 25 de mayo⁶¹ la expresión de “alteración grave” se delimita atendiendo a tres cuestiones: “a) Ha de ser cuantitativamente importante”; “b) Ha de ser cualitativamente relevante en cuanto a la finalidad que esta norma penal tiene: la protección del interés histórico o asimilados expresados en la norma, de modo que caso de alteración parcial, ésta afecte a la parte del edificio en la que ese interés protegido se concreta”; “c) Cuando tal gravedad no exista, se plantea el problema de la posible aplicación del art. 323, que no exige esa gravedad y parece una norma genérica frente a la del 321, más específica”.

MUÑOZ CONDE, por otra parte, ha señalado que, por una parte, la “alteración” excluye conductas como el menoscabo de su valor histórico, artístico, cultural o monumental; y, por otra parte, la gravedad se mide en función de las posibilidades de restauración⁶², y excluye conductas como la realización de pintadas en las fachadas.

En segundo lugar, el objeto material es un edificio singularmente protegido por su interés histórico, artístico, cultural o monumental. En este sentido, según el TS, el derribo o alteración debe recaer “sobre un edificio, conforme tal concepto aparece definido en nuestro diccionario oficial: ‘obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro,

58. *Ibidem*, pp. 528 y ss.

59. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*

60. LUZÓN CUESTA, José María: *op. cit.*, p. 299.

61. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sección 1. Sentencia n.º 654/2004, de 25 de mayo. Ponente: D. Joaquín Delgado García. FJ 2.

62. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*

etc.”⁶³. Como señala LUZÓN, se excluyen las “construcciones”, en cuyo caso la sanción podría reconducirse a un delito de daños⁶⁴.

Por otra parte, el carácter singularmente protegido del edificio por su interés histórico, artístico, cultural o monumental, configura el tipo como una norma penal en blanco. De acuerdo con el TS, “el precepto administrativo a tener aquí en cuenta es el art. 9.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, sobre patrimonio histórico”⁶⁵.

De acuerdo con este artículo: “Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del patrimonio histórico español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley 16/1985 o mediante Real Decreto de forma individualizada”.

Por otra parte, el art. 11.1 de la Ley dispone que “La incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural”.

De conformidad con la Ley de Patrimonio Histórico, por último, no constituirán delito el derribo o alteración grave si ha precedido, respectivamente, declaración de ruina y autorización administrativa de revisión o autorización expresa del Organismo competente (de acuerdo con los arts. 19 y 24)⁶⁶.

En todo caso, según el Tribunal Supremo, “esa singular protección ha de venir determinada por alguno de esos cuatro intereses que han de constituir el fundamento o razón de ser de esa protección y que viene precisado en los adjetivos: ‘histórico, artístico, cultural o monumental’”.

En principio, el sujeto activo es común, pues se sanciona a “los que”. Pero, como explica LUZÓN CUESTA la previsión específica de la consecuencia jurídica de inhabilitación especial para profesión u oficio “en todo caso” hace indicar que el legislador estaba pensando en determinados profesionales⁶⁷.

Por último, el tipo subjetivo es doloso. Es decir, ha de actuarse con conocimiento de que concurren en el hecho los elementos objetivos de la infracción penal. El dolo requiere también, en particular, el conocimiento de que el inmueble tiene la cualidad requerida en el tipo. La imprudencia grave es sancionada, no obstante, de conformidad con el art. 324 CP (*vid. infra*).

63. *Ibidem*.

64. LUZÓN CUESTA, José María: *op. cit.*, p. 299.

65. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sección 1. Sentencia n.º 654/2004, de 25 de mayo. Ponente: D. Joaquín Delgado García. FJ 2.

66. LUZÓN CUESTA, José María: *op. cit.*, p. 299.

67. *Ibidem*.

En todo caso, como señala el TS en la STS 654/2004⁶⁸ ya citada, quizás lo más adecuado con tal sistemática “tenga que ser relegar estas conductas al derecho administrativo sancionador”.

5.3. Prevaricación agravada

El art. 322 sanciona, por otra parte, en el apartado primero, una modalidad agravada de prevaricación, sancionando con la pena del art. 404 CP y la pena de prisión o multa a la autoridad o funcionario público que “a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos”.

Este tipo conecta con el contenido del anterior artículo (al hacer referencia al derribo o alteración de edificios singularmente protegidos) y con el del delito de prevaricación. Se trata de un delito especial en que el sujeto activo solo puede ser una autoridad o funcionario público, que, además, debe estar en posición de informar proyectos de derribo o alteración de edificios.

Como es propio de los delitos de prevaricación se requiere una comisión dolosa con conocimiento de la injusticia de la resolución dictada.

El apartado segundo del mismo art. 322 aplica las mismas penas a “la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

Señala MUÑOZ CONDE que se recoge esta modalidad específica en términos parecidos a lo previsto en el art. 320 respecto al ámbito urbanístico, si bien este tipo incluye menos conductas y prevé una menor sanción, diferencias “difícilmente justificables”⁶⁹.

5.4. Daños sobre bienes del Patrimonio Histórico

El art. 323 castiga, en el apartado 1, con pena de prisión o multa al que “cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos”, y, con la misma pena se sancionan los actos de expolio en estos últimos.

Los antecedentes de este tipo se encuentran en los arts. 558.5.º y 559 del Código penal anterior, que los incluía en el Capítulo, “De los daños”⁷⁰. Se

68. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sección 1. Sentencia n.º 654/2004, de 25 de mayo. Ponente: D. Joaquín Delgado García. FJ 2.

69. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, pp. 528 y ss.

70. LUZÓN CUESTA, José María: *op. cit.*, p. 300.

trata, realmente, de una modalidad específica de daños, también cualificada por el tipo de objeto material que protege: bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. En todo caso, debe tratarse de daños distintos a los sancionados en la conducta específica del tipo del art. 321 CP.

Como señala MUÑOZ CONDE, al hilo de lo ya mencionado respecto de tipos similares a lo largo de este trabajo, para delimitar estos bienes no puede considerarse decisiva su previa catalogación en los “Registros de bienes de interés cultural o en el Inventario general de bienes muebles de notable valor”⁷¹, pues no lo exige el tipo, pareciendo más correcto entender que se trata de un “elemento normativo de valoración cultural”.

La conducta típica puede consistir en el “daño” a todos los bienes mencionados o el “expolio” a los yacimientos arqueológicos (modalidad introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo). La conducta de expoliación se define en el art. 4 LPHE como “toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el patrimonio histórico español o que perturbe el cumplimiento de su función social, definición que resulta ciertamente muy amplia”⁷². Señala MUÑOZ CONDE que, no indicando el legislador penal el contenido del expolio a los efectos del delito, habrá que incluir en él “conductas que no se puedan considerar daños en sentido estricto, pero tampoco meras sustracciones o apropiaciones indebidas, que pueden castigarse aplicando los tipos cualificados de los respectivos delitos contra el patrimonio”⁷³, incluyendo conductas como las de excavaciones ilegales o actos vandálicos desarrollados en yacimientos⁷⁴.

En el apartado 2 se establece una agravación para los supuestos en que se hubieran causado daños “de especial gravedad o que hubieran afectado a bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental fuera especialmente relevante”, pudiéndosele imponer la pena superior en grado a la señalada en el apartado anterior. Importa tanto la gravedad del daño como el valor del bien afectado.

En el apartado 3 se establece una consecuencia jurídica específica, determinando que en todos estos casos “los jueces o tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado”.

71. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, p. 530.

72. *Ibidem*.

73. *Ibidem*, pp. 530 y 531.

74. *Ibidem*, p. 531.

5.5. Daños por imprudencia grave

El art. 324 del Código penal recoge la sanción de los daños por imprudencia grave en determinados bienes de valor cultural. De esta manera, castiga con pena de multa al que “por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos”.

La interpretación del bien jurídico protegido debe ser “restrictiva”, siguiendo la línea defendida por MUÑOZ CONDE, pese a que el legislador desarrolle una enumeración ejemplificativa, pues si no podría llevar a la inclusión, *v. gr.*, de “los daños imprudentes causados en la pizarra de un colegio”⁷⁵. Se incluyen los daños del art. 321 y 323 del Código penal cuando se produzcan por imprudencia grave.

Ha sido criticada la diferencia abismal de la cuantía a partir de la cual resulta punible este delito y la cuantía desde la que son punibles los daños patrimoniales genéricos por imprudencia grave⁷⁶. Estos últimos requieren para su punición, que se supere la cuantía de los 80.000 euros; mientras que los que se analizan aquí sólo exigen que se superen los 400 euros.

Al existir una modalidad imprudente de este delito de daños, en el caso de que entrase en juego el error de tipo vencible (A daña un cuadro sin saber su valor artístico) la actuación configuraría un concurso ideal entre el tipo básico del delito de daños del art. 263 CP y el tipo agravado en su modalidad imprudente⁷⁷.

5.6. Concursos

Estos delitos pueden entrar en concurso de leyes con los delitos genéricos de daños de los arts. 263 y ss. (y, en particular, con la modalidad cualificada del art. 263.2.4.º, relativo a bienes de dominio o uso público o comunal), si bien el principio de especialidad lleva consigo la aplicación preferente de los que se estudian aquí.

El principio de especialidad también hace que se deba aplicar el art. 289 CP cuando el sujeto activo sea el titular del bien de utilidad social o cultural.

Por otra parte, si se dan los presupuestos, puede producirse un concurso de delitos con los delitos de robo con fuerza en las cosas, estafa, apropiación indebida, etc.

75. *Ibidem*.

76. En este sentido, *vid.* MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*

77. PÉREZ ALONSO, Esteban: *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 47.

6. PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO DE AUTOR

6.1. Delitos relativos a la propiedad intelectual

La protección penal del arte cobra una especial relevancia en materia de protección de la propiedad intelectual, pues una parte importante de los ingresos económicos derivados del desarrollo de obras de arte se pierde a través de la comisión de ilícitos (penales y no penales) que afectan a las mismas.

De acuerdo con el Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales 2015 de la Coalición de Creadores y la Liga de Fútbol, en 2015 el 87,48% de los contenidos digitales consumidos eran ilegales⁷⁸. Aunque se ha registrado un progresivo descenso de las cifras absolutas de consumo de productos a través de vías ilícitas, de acuerdo con el Informe del Observatorio del año 2017 “se mantiene el porcentaje de ciudadanos que acceden a contenidos pirateados”, y, en adición, crece un 4,1% el lucro cesante del sector, alcanzando los 1.857 millones de euros⁷⁹.

En el sector de la música, por ejemplo, “aumenta ligeramente el número de individuos que acceden a música de forma legal y disminuye el consumo pirata, aunque sigue en el 23%”⁸⁰. Ello supone un valor de mercado de 5183 millones de euros⁸¹.

En relación con el consumo de películas, el porcentaje de internautas que las pirateaban era, en 2017, del 34%. El volumen de películas al que se accedió ilegalmente durante ese año fue de 726 millones, con un valor de mercado de 5725 millones de euros⁸². En cuanto al consumo de series, el 30% de los usuarios accede ilegalmente a series de televisión, con un valor de mercado de 1405 millones de euros⁸³.

Por último, el 24% de los usuarios de Internet “descargan libros en formato digital de plataformas digitales”, ascendiendo, el valor de mercado de esas descargas ilegales, a 3609 millones de euros⁸⁴.

78. 20 MINUTOS, “Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales de la Coalición de Creadores y la Liga de Fútbol ha presentado los datos correspondientes al año 2015. Aseguran que el 87,48% de los contenidos digitales consumidos el año pasado eran ilegales, ligeramente por debajo del 87,9% en 2014”, 31 de marzo de 2016. Recuperado a partir de <https://www.20minutos.es/noticia/2710006/0/observatorio-pirateria-informe-contenidos-digitales-consumidos/> (última fecha de consulta 26/09/2019).

79. COALICIÓN DE CREADORES Y LIGA DE FÚTBOL, “Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales 2017”. Recuperado a partir de <http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/ndp-observatorio-2017-es.pdf> (última fecha de consulta: 25/09/2019), p. 1.

80. *Ibidem*, p. 6.

81. *Ibidem*.

82. *Ibidem*.

83. *Ibidem*.

84. *Ibidem*.

Las cifras tan elevadas ponen el foco de atención sobre estos ilícitos, si bien es cierto que en estos últimos años se ha producido un gran cambio en nuestro país en relación con la suscripción de servicios de visionado en *streaming* de series y películas, que se han popularizado, por lo que sería necesario revisar las cifras de consumo de páginas webs de enlaces en la actualidad. También cobran relevancia estas figuras típicas dado que la sanción de muchos de estos ilícitos se podría reconducir a otras vías no penales, y, por tanto, dado el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, cabe plantearse hasta qué punto está justificada su punición específica por esta vía.

En cualquier caso, los “Delitos relativos a la propiedad intelectual” se recogen en la Sección I del Capítulo XI (De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores) del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) del Libro II del Código penal. Esta Sección comprende los arts. 270 a 272 del Código penal, modificados por las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio⁸⁵ y 1/2015, de 30 de marzo⁸⁶.

Algunos autores han hecho ya referencia a las variaciones que este delito ha experimentado con relación al bien jurídico protegido⁸⁷. En este sentido, señalan CASTIÑEIRA PALOU y ROBLES PLANAS que en el año 1987 (en paralelo a la promulgación de una nueva Ley de Propiedad Intelectual) se introdujo en nuestro Código penal una regulación relativa a la propiedad intelectual⁸⁸. A raíz de la regulación señalada se podía concluir, poniendo fin a un vasto debate, que el bien jurídico protegido era un “derecho moral” de autor, dado que no era un elemento subjetivo del tipo básico el ánimo de lucro (si bien sí cualificaba la pena).

Sin embargo, con la aprobación del Código penal de 1995, se introdujo el requisito subjetivo de ánimo de lucro para configurar el tipo básico de la propiedad intelectual⁸⁹ (que hoy se ha ampliado al requisito de obtención de un beneficio económico directo o indirecto, como se verá). En todo caso, también se ha hecho referencia por los autores mencionados, a una tercera

85. LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

86. LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

87. *Vid.* en este sentido, CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa y ROBLES PLANAS, Ricardo: “¿Cómo absolver al Top Manta? Panorama jurisprudencial”, *Indret*, 2/2007.

88. *Ibidem*, p. 3.

89. *Ibidem*.

posibilidad con relación al bien jurídico que el tipo protege (y que se suma a las de la protección del contenido material o del contenido moral del derecho de autor): un bien jurídico supraindividual, que se aproxime al de los delitos contra la propiedad industrial⁹⁰.

Por tanto, partiendo de la configuración actual del delito, cabe entender que el bien jurídico lo constituye el patrimonio individual a través de la protección de los intereses económicos que determina la propiedad intelectual. En este sentido, se ha señalado que viene constituido por “los intereses económicos derivados de los derechos de explotación en exclusiva de la propiedad intelectual”⁹¹, ciñéndose la protección a los derechos de explotación (tanto en exclusiva del autor, como los derechos conexos: relativos a las interpretaciones y ejecuciones de la obra). No existe, sin embargo, de acuerdo con la ley una tutela penal de los derechos morales de autor⁹²; se protege, en cambio, la parcela del patrimonio individual de los titulares y cesionarios representada por los derechos de explotación en exclusiva, “constituida por los bienes y derechos de esta clase que tengan un valor económico y cuya afectación suponga una pérdida económica evaluable”⁹³.

La punición penal de las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual se configura a través de delitos de resultado: tanto de peligro como de lesión. De esta manera, existen diversas conductas típicas que sancionan la lesión (afectación a las expectativas de ganancia a través de actos de comercio, distribución o comunicación pública) o la puesta en peligro (cuando solo hay actos de reproducción o de almacenamiento)⁹⁴.

El objeto material es la obra o prestación literaria, artística, científica o su transformación. El sujeto pasivo es el titular del derecho o su cesionario. El sujeto activo puede ser cualquiera (los artículos hacen referencia a “quien”, pudiendo constituirlo cualquier persona).

En todo caso, hay que señalar que, si bien hasta la aprobación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, los delitos eran solo perseguibles a instancia de parte, en la actualidad son perseguibles de oficio⁹⁵.

90. *Ibidem*.

91. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.): *Derecho penal, Parte especial, cit.*, p. 472.

92. *Ibidem*.

93. MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 202 y ss.

94. *Ibidem*.

95. CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa y ROBLES PLANAS, Ricardo: *op. cit.*, p. 3.

6.2. Elementos normativos: Conceptos básicos de la LPI

Aunque no se trata de una ley penal en blanco y el injusto se define en el Código penal⁹⁶, se incluyen en la definición que da el CP elementos normativos como los de derechos de autor, materiales y morales. Para comprender su contenido hay que atender a la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por el texto refundido del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril⁹⁷. De acuerdo con esta Ley, “la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación” (art. 1), y ello sin perjuicio de los supuestos de obras de colaboración, colectivas y compuestas (arts. 7-9 LPI).

De conformidad con el art. 2 LPI la propiedad intelectual viene 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”.

De acuerdo con la doctrina, es necesario que la obra se exteriorice a través de un soporte adecuado a la naturaleza de la obra (material o inmaterial⁹⁸). Se entiende asimismo que “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”⁹⁹.

El derecho de autor comprende tanto el derecho personalísimo moral del autor sobre su obra (art. 14 LPI), como derechos materiales a los que hace alusión el art. 17 LPI (explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación). Esto precisamente contrasta con la normativa del CP, que, como se ha indicado, solo protege el derecho patrimonial de autor, y no el moral.

La propiedad intelectual tiene como objeto, en primer lugar, de acuerdo con el apartado 1 del art. 10 de la LPI, “todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible,

96. Como ya ha señalado GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.): *Derecho penal, Parte especial*, cit., p. 472.

97. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

98. No constituyendo el objeto de la propiedad intelectual ni el estilo ni las ideas que plasma el autor, según la doctrina. Vid. WOLTERS KLUWER: “Derechos de autor”, *Guías jurídicas*. Recuperado a partir de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbFIjTAAAUmJEWMDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAltRx2zUAAAA=WKE (última fecha de consulta: 20/08/2019).

99. *Ibidem*.

actualmente conocido o que se invente en el futuro”. En particular, comprende, de acuerdo con este artículo: “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; 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”.

Como se puede observar, aunque no se ciñe a las obras artísticas, la propiedad intelectual encuentra una gran base en ellas.

El apartado 2 del art. 10 LPI añade que el título original de una obra queda protegido como parte de ella.

Además, la propiedad intelectual también comprende la de obras derivadas, de conformidad con el art. 11 (“1.º Las traducciones y adaptaciones; 2.º Las revisiones, actualizaciones y anotaciones; 3.º Los compendios, resúmenes y extractos; 4.º Los arreglos musicales; 5.º Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica”). También son objeto de protección las colecciones y las bases de datos, en los términos que recoge el art. 12.

Por último, el art. 13 LPI establece una serie de exclusiones, señalando que no son objeto de propiedad intelectual “las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores”.

6.3. Los delitos contra la propiedad intelectual. En particular, las descargas ilegales y el “Top Manta”

Esta Sección, como se ha expresado, “se encarga de la protección de los intereses económicos derivados de los derechos de explotación en exclusiva de la propiedad intelectual”. Con vistas a reaccionar ante las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales de estos delitos, en 2015 el legislador penal los reforma, ampliando el contenido típico de algunas conductas, incrementando las penas e introduciendo algunas modalidades específicas¹⁰⁰.

100. Sobre la incidencia de la reforma de 2015 sobre los delitos relativos a la propiedad intelectual *vid.* por todos TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: *op. cit.*, pp. 805-861.

En esta Sección se castiga, en primer lugar, en el apartado 1 del art. 270 al que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación 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 derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Por tanto, el tipo subjetivo de esta primera conducta viene integrado por el dolo directo de primer grado de realización de las conductas señaladas y, en adición, el ánimo de obtención de un beneficio económico directo o indirecto, configurándolo como un delito de tendencia interna trascendente o intensificada. La terminología relativa a la “obtención de un beneficio económico directo o indirecto” sustituyó, en 2015, a la anterior referencia al ánimo de lucro. De esta manera, como indica TOMÁS-VALIENTE LANUZA, se dificulta la interpretación del tipo y se expande su contenido (contra el principio de taxatividad), haciendo cada vez más borrosas las líneas entre lo penal y lo civil¹⁰¹. También se exige una actuación en perjuicio de tercero, lo que se discute si se integra como elemento subjetivo del injusto o como un requisito de idoneidad objetiva de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido¹⁰².

Por otra parte, la conducta típica viene integrada por las conductas alternativas de reproducción, plagio, distribución, comunicación pública u otro tipo de explotación económica, en todo o en parte, de una obra o prestación de las señaladas.

En primer lugar, la “reproducción” se encuentra entre el plagio y la lesión del derecho de explotación. Se refiere, básicamente a los supuestos de copias sin mención del nombre del autor, como “fotocopias, DVD, o ediciones ‘piratas’”¹⁰³.

El “plagio”, por otra parte, supone la “negación de la autoría de la obra”¹⁰⁴, aunque es en ocasiones difícilmente diferenciable de la “simple influencia o de la falta de originalidad”¹⁰⁵. Dicha diferenciación será enteramente circunstancial, en atención a las características de la obra (no solo de la obra concreta, sino también del tipo de obra de que se trate). En este sentido, señala MUÑOZ CONDE que es claramente diferenciable el plagio de una

101. *Ibidem*, pp. 821-825.

102. *Ibidem*, p. 826.

103. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*

104. *Ibidem*, p. 448.

105. *Ibidem*.

obra pictórica del plagio de una obra musical o literaria. Mientras en estas últimas son mucho más habituales las sanciones por plagio; en las primeras, es mucho más frecuente la sanción por estafa al adquirente que por plagio del autor original¹⁰⁶.

La distribución se refiere a la transmisión pública de la obra o prestación protegida. La comunicación pública se refiere, más bien, a la emisión pública de la misma. En todo caso, tanto estas dos conductas como la residual (otro tipo de explotación económica) afectan, precisamente, al derecho de explotación de la obra o prestación objeto de derecho de propiedad intelectual. La modalidad residual se introduce con el objeto de permitir sancionar modalidades de explotación “que quizás no resulten siquiera concebibles en este momento pero que puedan ir surgiendo en el futuro al hilo de los imparable avances tecnológicos en este ámbito”¹⁰⁷. Su introducción permite descartar la atipicidad de las conductas de falsificación exacta de obras de arte, que podrían juzgarse a través de este tipo¹⁰⁸ (*vid. supra* 2).

En adición, el tipo objetivo requiere, para la comisión del delito, como elemento negativo del tipo, la falta de autorización de los titulares de los derechos o los cesionarios. La obra o prestación literaria, artística, científica o su transformación integran su objeto material, como se ha señalado (en 2015 fue cuando se introdujo el concepto de “prestación”). El sujeto pasivo está integrado por los titulares o cesionarios de los derechos de propiedad intelectual.

Por otra parte, el apartado 2 del art. 270 aplica la misma pena a quien, “en la prestación de servicios de la sociedad de información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico el acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los derechos o de sus cesionarios” (en particular, ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios).

Este tipo fue introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que se vio animada a esta reforma ante la conciencia de la insuficiencia del sistema extrapenal para prevenir las conductas de las webs de enlaces a contenidos protegidos¹⁰⁹.

106. *Ibidem*.

107. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: *op. cit.*, p. 811.

108. *Ibidem*, p. 815.

109. *Ibidem*, p. 808.

Así, se tipifican conductas que se cometen con la utilización de nuevas tecnologías de la información y comunicación, y de servicios de la sociedad de información, mediante la facilitación del acceso o localización de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual que se ofrecen de manera ilícita a través de estas vías. De acuerdo con el tipo, la facilitación debe realizarse de modo activo y no neutral, y sin limitarse a un tratamiento técnico, requiriendo, en consecuencia, no solo un comportamiento activo (excluyendo, por tanto, meros comportamientos omisivos), sino también el elemento doloso dentro del tipo subjetivo (pues se exige que no sea neutral –o técnico– el comportamiento).

Por otra parte, MUÑOZ CONDE ha señalado que excluye el tratamiento consistente en el enlace ocasional de tales contenidos de terceros¹¹⁰.

En todo caso, según la interpretación de la Sentencia 222/2019, de 21 de junio, del Juzgado de lo penal n.º 4 de Murcia, el tipo “abarcaría todas las modalidades de facilitación de enlaces, sin distinción entre los de superficie o los profundos, y, concretamente, ha criminalizado la actividad de las webs de enlaces que, sin albergar obras y prestaciones, posibilitan acceder a los contenidos alojados en servidores externos de gran capacidad bien para su descarga o para su visionado *in streaming*”¹¹¹.

La criminalización de estas conductas se introduce en España tras muchos años en que una parte importante de la población española accedía, reproducía y descargaba contenido a través de páginas web. Entre estas páginas, ha sido destacada la actividad de la web denominada “Series Yonkis”, una de las pioneras en esta reproducción de contenido, de muy habitual consulta entre la población joven. Por ello, la reciente sentencia sobre la conducta desarrollada por los administradores de la página ha obtenido una notoria trascendencia¹¹². La sentencia absuelve a estos administradores dado que en el momento de los hechos no se sancionaba esta conducta penalmente¹¹³.

En todo caso, lo que está claro es que el legislador ha optado por no penalizar las conductas de los usuarios que actúan descargándose o reproduciendo

110. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, p. 448.

111. Sentencia 222/2019, de 21 de junio, del Juzgado de lo penal n.º 4, de Murcia. Ponente: Isabel María Carrillo Sáez. Cursiva propia.

112. AUNIÓN, J. A. y GALINDO, José C.: “Los creadores de Seriesyonkis, absueltos tras el mayor juicio por piratería celebrado en España. La juez entiende que pudo haber ‘suculentos beneficios’ pero no ve un ánimo de lucro delictivo y recuerda que hasta 2015 ‘no se criminalizó’ la actividad de estas webs”, *El País*, 22 de junio de 2019. Recuperado a partir de https://elpais.com/cultura/2019/06/21/actualidad/1561109908_761895.html (última fecha de consulta: 22/09/2019).

113. Sentencia 222/2019, de 21 de junio, del Juzgado de lo penal n.º 4, de Murcia. Ponente: Isabel María Carrillo Sáez.

el contenido en cuestión a través de medios informáticos o nuevas tecnologías, centrando la sanción penal en quienes explotan económicamente, comparten o dan acceso al contenido. Ello no excluye, sin embargo, que los usuarios de los contenidos puedan ser perseguidos por otras vías. Es importante, a estos efectos, tener en consideración que, si bien los usuarios que reproducen o descargan contenido a través de nuevas tecnologías tradicionalmente no se han visto afectados por esta clase de infracciones de la propiedad intelectual, recientemente han comenzado las reclamaciones en este ámbito. En efecto, el pasado mes de abril de 2019 comenzaban a llegar cartas de una compañía alemana en que se reclamaba a numerosas personas la entrega de una cantidad de dinero para evitar una demanda por infracción de la Ley de Propiedad Intelectual¹¹⁴.

Por otra parte, el apartado 3 del art. 270 prevé una consecuencia jurídica específica, determinando que en estos casos, “el juez o tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción”, y añadiendo que, “cuando a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual a que se refieren los apartados anteriores, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo, y el juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual”. Por último, se establece que “excepcionalmente, cuando exista reiteración de las conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente”.

El apartado 4 del art. 270 CP, por su parte, establece una modalidad atenuada para los supuestos del apartado 1 si la distribución o comercialización es “ambulante o meramente ocasional”, previéndose también la posibilidad de imposición de una atenuación cualificada (sustituyéndose la pena de prisión por pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad) en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener (siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del art. 271). De esta manera, y con la actual dicción del tipo atenuado, se restringen y limitan en gran medida los supuestos que en esta modalidad se puedan encuadrar. Por otra parte, siendo el reproche característico del Derecho penal consecuencia no solo de la acción, sino también del resultado, es muy criticable la equiparación entre el supuesto de consumación

114. DEL CASTILLO, Carlos: “Los acusados de piratería por carta se niegan a pagar: ‘Que demuestren que he sido yo quien ha descargado eso’”, *Eldiario.es*, 22 de septiembre de 2019. Recuperado a partir de https://www.eldiario.es/tecnologia/afectado-cartas-copyright-infraccion-segundo_0_943156404.html (última fecha de consulta 18/09/2019).

del objetivo (beneficio obtenido) con el supuesto hipotético (beneficio que se hubiera podido obtener). De hecho, como indica TOMÁS-VALIENTE LAMUZA, el beneficio que se hubiera podido obtener probablemente se calculará en atención a los ejemplares en posesión del sujeto, lo que sin duda resultará en un montante de beneficio más elevado que con el parámetro del beneficio efectivamente obtenido¹¹⁵.

Este apartado introduce, a través de la LO 1/2015 ya citada, una clara alusión al fenómeno que se ha conocido como “Top Manta”: la venta ambulante desarrollada por sujetos denominados “manteros” (que, usualmente son inmigrantes, sin trabajo ni recursos) que se dedican a la venta al por menor en la vía pública de copias ilegales de películas y discos de canciones en CD o DVD (así como otros objetos que pueden encuadrarse en los delitos de propiedad industrial –que no son objeto de análisis en este trabajo–, tales como gafas de sol o bolsos).

Antes de 2010, diversas sentencias habían concluido con la absolución a los responsables de las conductas con base en los principios de intervención mínima y proporcionalidad (ya que la única posibilidad, en caso de condena, era la sanción con pena de prisión), como explica MUÑOZ CONDE¹¹⁶. Como indican CASTIÑEIRA PALOU y ROBLES PLANAS, a los principios de proporcionalidad e intervención mínima, se habían sumado, como argumentos básicos para la absolución, tanto la inexistencia de perjuicio (requerido entonces por el tipo), como la ausencia de dolo o de ánimo de lucro (a lo que se añaden supuestos de ausencia de prueba –de que se están vendiendo los CD’s piratas, por ejemplo–)¹¹⁷.

La reforma desarrollada por la LO 5/2010 ya previó, como ha señalado MUÑOZ CONDE¹¹⁸, la posibilidad de que en casos de escasa gravedad (en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, según el art. 270 de entonces), tratándose de distribución al por menor (y sin concurrencia de los requisitos del art. siguiente), pudieran imponer la pena “de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a sesenta días”.

Tras esta modificación se vuelve a introducir la pena de prisión, y, como ha señalado MUÑOZ CONDE, al articularse como una sanción menos grave que la del tipo básico, se puede producir el fenómeno de que, incluso en los supuestos de escasa gravedad (que antes de 2010 usualmente conducían a

115. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: *op. cit.*, p. 834.

116. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, p. 451.

117. *Vid.* un completísimo y riguroso análisis al respecto en CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa y ROBLES PLANAS, Ricardo: *op. cit.*, pp. 6-14.

118. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, p. 451.

la absolución en base a los principios de intervención mínima y proporcionalidad), en la actualidad deban llevar necesariamente a una condena¹¹⁹; es decir, no se aplicarán dichos principios al considerarse ya una punición atenuada (produciendo una solución penológica desproporcionada). Como ha señalado el mismo autor, incluso en los supuestos de atenuación cualificada (que solo son sancionados con pena de multa –o trabajos en beneficio de la comunidad–), la sanción terminará siendo de prisión (por responsabilidad subsidiaria por impago de multa), dado que los sujetos activos de este delito son personas que se encuentran en una situación socioeconómica marginal y cuentan con escasez de recursos, no pudiendo afrontar la pena de multa¹²⁰; a lo que se añade el carácter irrisorio de la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad (pues, precisamente, la situación que lleva a dichos sujetos a la comisión del delito es, precisamente, el carecer de un trabajo)¹²¹.

A ello se suma la supresión de las faltas en nuestro Código penal tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, pues, antaño, muchas conductas podrían ser solo constitutivas de falta: el art. 270 mencionado preveía que, en los mismos casos (de distribución al por menor de escasa gravedad), si el beneficio no excedía de 400 euros, el hecho se castigaría como falta (del art. 623.5 CP).

Además, como indican CASTIÑEIRA PALOU y ROBLES PLANAS, inexistencia de relevancia penal no significa impunidad, pues no supone que los hechos sean jurídicamente irrelevantes (civil o administrativamente, por ejemplo)¹²².

En otro orden de cosas, el apartado 5 sanciona con las penas previstas en los apartados anteriores, en los respectivos casos, a quienes: “a) Exporten o almacenen intencionadamente ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refieren los dos primeros apartados de este artículo, incluyendo copias digitales de las mismas, sin la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente; b) Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento; c) Favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando,

119. *Ibidem*.

120. *Ibidem*.

121. *Ibidem*.

122. CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa y ROBLES PLANAS, Ricardo: *op. cit.*, p. 12.

sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización; d) Con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo”.

Por último, en el apartado 6 se sanciona también a quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial “cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo”. Se sanciona aquí, por tanto, un acto protopreparatorio.

Completan la sección los arts. 271 y 272. El primero prevé una modalidad agravada para los supuestos de concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes: a) que el beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica¹²³; b) que los hechos revistan especial gravedad, en atención al valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, la transformación, ejecución o interpretación de las obras (ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición), o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados; c) que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual; y d) que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.

El art. 272 establece que “la extensión de la responsabilidad civil derivada de estos delitos 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” (realizándose, así, una remisión expresa a la señalada LPI).

En adición, se establece que, si la sentencia fuere condenatoria, el juez o tribunal tiene la potestad de decretar su publicación, a costa del infractor, en un periódico oficial.

123. De nuevo, siendo el reproche característico del Derecho penal consecuencia no solo de la acción, sino también del resultado, es muy criticable la equiparación entre el supuesto de consumación del objetivo (beneficio obtenido) con el supuesto hipotético (beneficio que se hubiera podido obtener).

7. OBSTACULIZACIÓN DEL DERECHO A LA EXPRESIÓN ARTÍSTICA

El art. 542 del Código penal sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes.

Algunos autores han señalado que se refiere a los derechos políticos, y que es ilógica su inclusión dentro del Capítulo V del Título XXI del Código penal (De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales). Sin embargo, otra línea doctrinal entiende que existen todavía derechos fundamentales de la persona cuyo ataque no ha sido tipificado especialmente, y sólo pueden ser castigados a través de este precepto, funcionando como un cajón de sastre (esta opción parece más justificada, precisamente por la falta de lógica de la otra alternativa). Entre estos derechos se encontraría precisamente el derecho a la expresión y producción artística, según la doctrina¹²⁴.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, declarando que se trata de un tipo con carácter residual o subsidiario, que tiene como finalidad “cubrir los atentados contra los derechos cívicos o fundamentales de la persona cometidos por los funcionarios públicos y carentes de una expresa protección penal”¹²⁵. Derechos cívicos, según el TS, comprenden no solo los derechos políticos estrictos de participación en instituciones propias de la organización del Estado, sino “todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra Constitución”¹²⁶.

Ello se ve reforzado, señala el TS en la misma sentencia, por la rúbrica del Capítulo “Derechos fundamentales y libertades públicas” y del Título “Delitos contra la Constitución”, viéndose alumbrado el texto del Código penal con los derechos incluidos en el texto constitucional¹²⁷.

El delito requiere, para su comisión, de la concurrencia de un sujeto activo funcionario público o autoridad (tratándose de un delito especial propio), una acción u omisión generadora del resultado impositivo del derecho fundamental (en este caso, del derecho a la libertad de expresión y producción artística) y un dolo específico de actuar a sabiendas y con propósito de impedir el derecho de su titular.

124. CARPERI: *op. cit.*, pp. 57-10 y ss.

125. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 1593/2001, de 23 de octubre. Ponente D. Diego Ramos Gancedo, FJ 6.

126. *Ibidem*.

127. *Ibidem*.

8. ARTE Y VANDALISMO: PUNICIÓN Y PROTECCIÓN PENAL DEL GRAFITI

El grafiti se ha configurado, ya desde el pasado siglo, como una forma de representación del arte urbano escrito, especialmente controvertido por su ubicación y forma de presentación, que suele tener carácter ilícito.

En este sentido, autores como LÓPEZ RICHART han indicado que lo característico del grafiti es su carácter ilícito, al realizarse en propiedad ajena sin consentimiento de su titular (y ello con independencia de que se produzca o no a éste un perjuicio económico¹²⁸ –por ejemplo, puede producirse una revalorización de la propiedad si lo hace un conocido autor, piénsese como ejemplo en el sobradamente conocido “Banksy”¹²⁹–). Aunque más bien parece que lo definitorio del concepto “grafiti” no es su carácter ilícito (es sobradamente posible la realización de grafitis en lugares habilitados para ello, *v. gr.* por un Ayuntamiento), sino el tratarse de escritos o dibujos realizados con rotuladores o aerosoles permanentes en muros, paredes, puertas, portales, puentes e incluso medios de transporte. Sin embargo, es indudable que la mayor relevancia jurídica del grafiti viene determinada precisamente por la controversia que plantean aquellos supuestos en que sí se hace con carácter ilícito, pudiendo ser constitutivos de un delito de daños (incluso cualificados) y ello con independencia de que, como han defendido algunos autores, se puedan apreciar en el autor del grafiti derechos de autor sobre el mismo¹³⁰.

La reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, deroga el art. 626 del Código penal, donde se sancionaba como falta contra el patrimonio a quienes “deslucieren bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios”. Sin embargo, tal derogación no implica la despenalización de la conducta, sino, más bien, lleva consigo el reconducir la mayoría de supuestos al delito de daños (lo que plantea un conflicto con el principio de *ultima ratio* del Derecho penal). La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 indica que las conductas señaladas “pueden reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas cuando revistan cierta entidad”. Habría que determinar cuándo revisten esa “cierta entidad” y cuándo no, para lo cual nuestra jurisprudencia ha acudido al criterio de la posibilidad de ser borrados, que, con anterioridad, precisamente,

128. LÓPEZ RICHART, Julián: “Y el vandalismo se hizo arte”, *RIIPAC*, n.º 10/2018, pp. 56-57.

129. Recientemente ha sido noticia la revalorización de un cuadro del autor Banksy tras autodestruirse una vez subastado. *Vid. La Vanguardia*: “Una obra de Banksy se autodestruye tras venderse por 1,8 millones en una subasta”, 10 de junio de 2018. Recuperado a partir de <https://www.lavanguardia.com/cultura/20181006/452190456674/banksy-cuadro-nina-globo-destruye.html> (fecha de última consulta 26/06/2019).

130. Así, LÓPEZ RICHART, Julián: *op. cit.*, pp. 65 y ss.

distinguía al delito de la falta (en este sentido, por ejemplo, la SAP de Soria 35/2015, de 30 de abril¹³¹).

Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 359/2018, de 11 de junio¹³², se ratifica la condena a un sujeto por un delito de daños agravados tipificados en el número 4 del art. 263.2 del Código penal (por tratarse de uno de los supuestos en “que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal”), a consecuencia de su actuación por realizar una serie de pintadas en un tren de la propiedad de Renfe Operadora, causando daños que superaban los 2500 euros. Asimismo, la SAP de Madrid 809/2018, de 17 de diciembre¹³³, ratifica la condena a dos individuos por la realización de unas pintadas dentro de un piso ajeno (entre otros delitos). En este mismo sentido, la SAP de A Coruña 185/2010, de 18 de mayo¹³⁴, condena a un individuo por las pintadas realizadas en una serie de vehículos.

Problemática distinta es la que puede plantear criminalmente el grafiti desde el punto de vista contrario, el daño a la pintura, que puede incluso llegar a tener relevancia penal. Como se ha señalado por LÓPEZ RICHART, si un grafiti es arrancado del lugar en que se encuentra ubicado sin consentimiento no solo del autor del mismo, sino del propietario del emplazamiento en que se ha pintado, puede llegar a constituir (más allá del daño contra el derecho moral del autor) “una violación del derecho de propiedad, que podría ser sancionada penalmente como un delito de daños o incluso de hurto, si consideramos que el mural extraído del muro es un bien mueble”¹³⁵. No es una situación tan irrisoria, pues, en Reino Unido ya se ha juzgado a un hombre por tratar de vender una obra atribuida al autor “Banksy” que había sido arrancada de la fachada de un hotel¹³⁶.

9. COLECCIONISMO Y TENENCIA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS

También se plantea en ocasiones una problemática específica en relación con el coleccionismo y la tenencia de armas y explosivos (tipificada en el

131. Audiencia Provincial de Soria Sección 1. Sentencia n.º 35/2015, de 30 de abril. Ponente: D. José Luis Rodríguez Greciano.

132. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15. Sentencia n.º 359/2018, de 11 junio. Ponente Dña. Ana Victoria Revuelta Iglesias.

133. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15. Sentencia n.º 809/2018, de 17 de diciembre. Ponente Dña. María del Carmen Herrero Pérez.

134. Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1. Sentencia n.º 185/2010, de 18 de mayo. Ponente D. Juan Luis Pía Iglesias.

135. LÓPEZ RICHART, Julián: *op. cit.*, pp. 79-80.

136. MCDERMOTT, Kerry: “Man ripped Banksy artwork from four-star hotel wall and put it on sale on eBay for £17,000”. Recuperado a partir de <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2187721/Banksy-theft-Man-ripped-Banksy-artwork-star-hotel-wall-sale-eBay-17-000.html> (última fecha de consulta: 26/06/2018).

Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código penal: “De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”). La tenencia de armas con objetivo artístico o coleccionista las configuraría como armas reglamentadas, si bien no estaría exenta de problemas en aquellos casos en que se carezca de licencias reglamentarias, pudiendo ser sancionada *ex art.* 564 CP.

La Fiscalía General del Estado indica en la Consulta 14/1997 que “su posesión con fines de puro coleccionismo [...] se considera autorizada siempre que, además de limitarse su posesión al espacio físico definido por el propio domicilio, su titular aporte el informe de aptitud” (regulado en el art. 98 del Reglamento de Armas¹³⁷). La tenencia domiciliaria de armas de fuego reglamentadas con fines de coleccionismo es antijurídica, por tanto, siempre que se cumplan dos requisitos: la acreditación del valor histórico-artístico de las mismas y la observancia del informe psico-físico que determina tal precepto¹³⁸.

III. ARTE Y PROTECCIÓN ANIMAL: A VUELTAS CON LOS TOROS¹³⁹

1. INTRODUCCIÓN: PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES

Es sabido que la protección a los animales a nivel jurídico, y, en particular, a nivel jurídico-penal ha avanzado de manera copiosa desde el último tercio del pasado siglo, siguiendo al desarrollo de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural (derechos de segunda generación) y a los derechos basados en la justicia, paz y solidaridad (tercera generación de derechos)¹⁴⁰. El desarrollo de una concepción humanitaria de la sociedad, con base en la libertad, dignidad e igualdad de los individuos, de lo que se derivan los derechos humanos y las consecuentes obligaciones éticas de solidaridad, unido al asentamiento y estabilización de la mayoría de las democracias occidentales y al incremento del nivel educativo medio, son causas probables del desarrollo jurídico (y de la constitucionalización, en algunos países –no en España–) de la protección animal. De hecho, más recientemente, autoras como CRIADO MARTOS¹⁴¹ han sostenido la inclusión de la protección animal en la normativa constitucional, de manera similar al caso alemán (aunque con matices según

137. Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

138. Consulta 14/97 FGE. Recuperado a partir de https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Consulta14.97.texto.pdf?idFile=03e50fde-6cef-492c-bfd0-3c470e2bf2eb (última fecha de consulta: 27/06/2019).

139. Agradezco a la abogada Elena CRIADO MARTOS sus aportaciones sobre este punto.

140. DE LUCAS, Javier, y RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel (Coords.): *Derechos humanos y Constitución*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 185 y 296.

141. CRIADO MARTOS, Elena: “El Derecho de los animales en España: regulación normativa, problemática y solución constitucional”, *CEFLegal*, n.º 239, 2020.

la clase de animales de que se trate). Sin embargo, la autora propone incluirlos entre los bienes constitucionalmente protegidos, no entre los derechos fundamentales (en el marco del nuevo movimiento del constitucionalismo de los bienes).

El fundamento de la protección se encontraría tanto en nuestra propia dignidad, de la que se derivan obligaciones hacia los animales (no derechos de los animales), como (principalmente) de la importancia que comportan los animales para la supervivencia de las personas¹⁴², siendo, su supervivencia esencial para la garantía de derechos humanos básicos (vida, integridad, salud, libertad e incluso igualdad).

De acuerdo con el Eurobarómetro de 2005 sobre “Valores sociales Ciencia y Tecnología”¹⁴³, más de 4 de cada 5 ciudadanos de la Unión Europea declaran que “tenemos un deber de proteger los animales, con independencia del coste”: el 82% de los ciudadanos de la UE así lo eligieron (81% en el caso de España).

Por otra parte, de acuerdo con el Eurobarómetro de 2006 sobre las “Actitudes de los ciudadanos de la UE sobre el bienestar de los animales”¹⁴⁴, el 77% de los ciudadanos de la UE entiende que “en general, la protección del bienestar de los animales de granja en (nuestro país) debe ser mejorada”¹⁴⁵. Por otra parte, los encuestados consideraron, de media, que, la importancia de la protección de los animales de granja se ubicaba en el 7,8, en una escala del 1 al 10¹⁴⁶.

2. AMPARO JURÍDICO-PENAL DE LOS ANIMALES

2.1. Regulación en el Código penal. Evolución

En todo caso, en España, tras un importante debate parlamentario¹⁴⁷, el art. 632 del Código penal de 1995 sancionaba (como falta) por primera vez el maltrato animal, castigando a “los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente”, con pena de multa de 10 a 60 días.

142. *Ibidem*.

143. Special Eurobarometer 225: *Social values, Science and Technology Fieldwork*, January – February 2005, p. 28.

144. Special Eurobarometer 270: *Animal Welfare Fieldwork September-October*, September – October 2006.

145. *Ibidem*, p. 25.

146. *Ibidem*, p. 6.

147. Como refleja HAVA GARCÍA, Esther: “La protección del bienestar animal a través del Derecho penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, p. 270.

La aprobación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre¹⁴⁸, incorporó como delito algunas modalidades de maltrato de animales domésticos en el art. 337 CP, quedando, como tipo supletorio, la falta del art. 632 CP. El delito sancionaba a “los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico”.

La LO 5/2010, de 22 de junio, suprimió el requisito de “ensañamiento”, gracias a las reivindicaciones sociales y del movimiento animalista, lo cual fue alabado intensamente por la doctrina¹⁴⁹.

En la actualidad, tras la modificación incorporada por la LO 1/2015, de 30 de marzo¹⁵⁰, la supresión de las faltas de maltrato ha llevado a la unificación de la normativa de maltrato animal (el antiguo delito y la falta, recogidos hasta entonces por separado). El tipo sanciona, en el apartado 1, “[a]l que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente, causándole lesiones que menoscaben gravemente su salud o sometién-dole a explotación sexual” a un animal doméstico o amansado, un animal de los que están habitualmente domesticados, un animal que temporal o permanentemente vive bajo control humano, o a cualquier animal que no viva en estado salvaje.

Se establecen diversas agravaciones en su apartado 2 (para los supuestos de utilización de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosos para la vida del animal; los supuestos en que hubiera mediado ensañamiento; los casos en que se hubiera causado al animal la pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal; y los supuestos en que los hechos se hubieran ejecutado en presencia de un menor de edad) y en el apartado 3 (donde se establece una agravación cualificada para los supuestos en que se hubiera causado la muerte del animal).

Por otra parte, el apartado 4 sanciona a “los que, fuera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente”.

2.2. El bien jurídico protegido

El delito se ubica en el Capítulo IV del Título XVI del Libro II del Código penal, bajo la rúbrica “De los delitos relativos a la protección de la flora,

148. LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

149. *Vid.*, por todos, HAVA GARCÍA, Esther: *op. cit.*, p. 272.

150. LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

fauna y animales domésticos”. Sin embargo, como ha señalado la doctrina, su ubicación quizás no sea la más adecuada (entre los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, que se ubican, a su vez, entre los delitos relativos a la ordenación del territorio y urbanismo, la protección del patrimonio artístico y el medioambiente). Por tanto, y aunque no esté claro su bien jurídico protegido, parece que no es la protección del medioambiente, o la flora y fauna en general¹⁵¹. Se ha señalado que el delito tiene por objeto el evitar que determinados animales individualmente considerados sufran innecesariamente por consecuencia de conductas humanas determinadas¹⁵².

En cualquier caso, aunque hay quienes han sostenido que el reconocer al animal como sujeto pasivo de delitos no significa que haya de poder ser sujeto activo del mismo¹⁵³, esta idea desde luego no parece asumible porque los animales no pueden ser los titulares del bien jurídico al no ser portadores de derechos. Ello no significa, sin embargo, que nosotros no tengamos obligaciones hacia ellos.

Se debate si se protege, como bien jurídico protegido, un “sentimiento de compasión que tiene la sociedad respecto de los animales”¹⁵⁴ o, en cambio, el bien jurídico defendido por autores como LARA FRANCISCO, en virtud de lo cual, el art. 337 lo que realmente tutela “es una relación con las especies animales domésticas que no resulte ofensiva para los sentimientos de respeto y protección que la comunidad entiende que deben presidir nuestros vínculos con el mundo animal”¹⁵⁵. HIGUERA GUIMERA señalaba que se protege “aquel conjunto de obligaciones de carácter bioético que tiene el hombre para con los animales, conjunto de obligaciones o deberes en el sentido de tratar a los mismos con benevolencia y no maltratarlos, ni física ni psíquicamente, ni menos aún matarlos o exterminarlos con crueldad e injustificadamente”¹⁵⁶. DONALDSON y KYMLICKA señalan, en este sentido que “defendemos derechos inviolables para los animales como respuesta a la vulnerabilidad de su yo o conciencia individual”¹⁵⁷. Sin embargo, la posición que parece más acertada es la de HAVA GARCÍA: el bien jurídico protegido por este tipo es “el propio

151. HAVA GARCÍA, Esther: *op. cit.*, pp. 273-277.

152. *Ibidem*, p. 278.

153. *Ibidem*, p. 281.

154. LARA, Francisco: “Los toros y la legislación española. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 854/2001, de 11 de julio”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 2010, p. 715.

155. *Ibidem*, p. 716.

156. HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: “Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, 17, 1998, p. 349.

157. DONALDSON, Sue y KYMLICKA, Will: *Zoopolis: A political theory of animal rights*, OUP, 2011, p. 32.

animal (o más exactamente, su bienestar)”^{158,159}, esencial para el desarrollo sostenible y la garantía de los derechos humanos básicos.

2.3. La excepción de la tauromaquia: ¿una justificación artística?

Como se ha señalado, el art. 337 sanciona con un tipo básico, en el apartado primero, y un tipo subsidiario, en el apartado 4, diversas conductas de maltrato animal. El tipo básico se refiere a las conductas desarrolladas con relación a animales domésticos o amansados, animales habitualmente domesticados, animales que temporal o permanentemente viven bajo control humano, o a cualquier animal que no viva en estado salvaje. Por tanto, este tipo incluye el maltrato con causación de lesiones que menoscaben gravemente la salud del animal o con sometimiento a explotación sexual con relación a todos los animales no salvajes (incluyendo expresamente aquellos que están bajo control humano, como son los toros).

El apartado 4, en cambio, se refiere al maltrato cruel desarrollado con respecto a animales salvajes.

Sin embargo, ambas conductas recogen una causa de atipicidad o de exclusión de tipicidad, para los supuestos en que se desarrollen los actos de maltrato “justificadamente” (pues solo recogen los tipos los actos de maltrato que se desarrollen “injustificadamente”). En todo caso, esta excepción se prevé, precisamente, con vistas a los supuestos de autorización (tan habituales) por parte de la Administración de los espectáculos taurinos. De esta forma, como ya han señalado autores como Fernando LARA, lo que verdaderamente se pretendía era garantizar la permisividad de este tipo de espectáculos¹⁶⁰.

La justificación de esta situación se realiza con base en el carácter artístico y cultural del espectáculo de la tauromaquia (lo propio sucede con las autorizaciones de espectáculos circenses con animales¹⁶¹). En este sentido, se ha

158. HAVA GARCÍA, Esther: *op. cit.*, p. 290.

159. Anteriormente, como señala HAVA GARCÍA, Esther: *op. cit.*, pp. 282-283, no se diferenciaba a efectos de pena, la causación de muerte o de lesiones graves al animal, por lo que se había argumentado que no podía decirse que el bien jurídico fuese la vida o integridad de los animales. Sin embargo, en la actualidad, sí existe una agravación para los casos de muerte o lesiones, por lo que pueden considerarse como bienes jurídicos también protegidos por el delito, aunque, siguiendo también la argumentación de la autora, parece también desacertada esta posición, en la medida en que la regla general del ordenamiento jurídico es la permisividad de la causación de muerte o lesiones a los animales siempre que no se les causen sufrimientos innecesarios.

160. LARA, Francisco: *op. cit.*, p. 717.

161. *Vid.* al respecto la siguiente noticia controvertida: VELASCO, Javier: “La elefanta Dumba aterriza en Zaragoza”, *El Heraldo de Aragón*, 10 de octubre de 2019. Recuperado a partir de <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza/fiestas-del-pilar/2019/10/01/>

señalado que las justificaciones se han basado en su carácter básico, cruel y realista de la condición humana; que reflejan una suerte de arte, estética y expresión de emociones “que sólo captan los entendidos”¹⁶²; reflejando como una obra de arte la propia existencia y actos fundamentales para la condición humana; así como en la apelación a su antiguo origen y su constante presencia en las costumbres españolas¹⁶³.

Esta idea del carácter artístico o cultural de la tauromaquia ha sido la justificadora de la exclusión de tipicidad de las conductas que la integran.

Sin embargo, como señala el Magistrado del TC Don Juan Antonio Xiol Ríos en sus votos particulares a las SSTC 177/2016, de 20 de octubre¹⁶⁴, y 134/2018, de 13 de diciembre¹⁶⁵, existen en la actualidad dos culturas concurrentes y contrapuestas. Señala el Magistrado:

“La cuestión de fondo a la que me refiero es el conflicto entre, por un lado, una cultura emergente ambientalista y de protección de los animales, que intenta abrirse camino conformando consensos para un cambio de paradigma de la relación del ser humano con su entorno y con otros seres sensibles que lo habitan; y, por otro, una cultura apoyada por una sólida tradición, defensora de la tauromaquia como manifestación cultural y artística cuyo paradigma, desde una posición antropocéntrica, es la exaltación del valor, la estética, el raciocinio y la inteligencia como superior característica humana de control y dominación de la fuerza bruta animal”¹⁶⁶.

De esta manera, cabe entender que existen dos culturas divergentes, generando usos discrepantes en el imaginario social colectivo, y determinando que dichas conductas, aunque pudieran ser consideradas desde algún punto de vista como artísticas, no deban estar justificadas por oponerse frontalmente a otra cultura.

En cualquier caso, se debe recordar que una determinada cultura, una determinada manera de concebir el bien que se tenga en una comunidad, sólo debe ser protegida jurídico-penalmente de forma mínima, de manera que se restrinja a la posición del legislador de promoción, garantía y defensa

circo-zaragoza-dumba-plaza-fiestas-del-pilar-2019-1336337.html (última fecha de consulta: 10/01/2019).

162. LARA, Francisco: *op. cit.*, p. 711.

163. *Ibidem*, pp. 711 y ss. y 721.

164. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia n.º 177/2016, de 25 de noviembre (Ponente: Dña. Encarnación Roca Trías).

165. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia n.º 134/2018, de 13 de diciembre (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos).

166. Voto particular de D. Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 177/2016, de 25 de noviembre.

de los derechos humanos. Es decir, el legislador penal sólo se debe posicionar en contra de una cultura cuando se lesionen derechos humanos (vida, integridad, salud, igualdad, libertad, medioambiente...). En la misma medida, sólo se debe posicionar a favor de una determinada cultura (por ejemplo, la cultura ambientalista) como manifestación de la protección de los derechos humanos (libertad, dignidad, igualdad, y otros derechos humanos) o como medida de prevención frente a la lesión de la libertad de los individuos de expresar y desarrollar su propia cultura. Y ello porque las restricciones injustificadas de las manifestaciones culturales que son compatibles con los derechos humanos son contrarias a la consideración de que todos los individuos son libres, dignos e iguales, y que tienen derecho a desarrollar y expresar sus rasgos culturales siempre que no lesionen los derechos fundamentales de los demás. En relación con esta idea, sería necesario ponderar en qué medida la atipicidad de la tauromaquia en comparación con otras conductas similares de maltrato animal supone un posicionamiento justificado a favor de la cultura de la tauromaquia frente a la cultura ambientalista y de protección animal.

En todo caso, es misión del legislador y no de los aplicadores del Derecho, seleccionar y determinar en qué medida se debe proteger cada una de estas culturas. Lo que parece evidente es que la sociedad española ya no defiende, en su mayoría, la práctica de la tauromaquia. Al contrario, de acuerdo con la Estadística de Asuntos Taurinos de 2018¹⁶⁷, la reducción del número de festejos taurinos es especialmente notable y progresiva entre los años 2007 y 2018. Mientras en el año 2007 se superaban los 3500, en el año 2018 solo se alcanza el número de 1521 festejos taurinos celebrados (de los cuales solo representan las corridas de toros 369¹⁶⁸ –es decir, ni alcanzan una cuarta parte de los festejos taurinos–).

Además, en los años 2014-2015 (últimos años en que se recoge la estadística), sólo asistió a corridas de toros el 9,5% de la población¹⁶⁹.

Por otra parte, en numerosas Comunidades Autónomas no se celebraron más de 10 festejos taurinos en todo el año (Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Galicia y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla)¹⁷⁰, y no se superan los 50 festejos en muchas otras comunidades (La Rioja, País Vasco, Navarra,

167. MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE: “Estadística de Asuntos Taurinos del Ministerio de Cultura y Deporte de 2018”, Nota resumen, 2018. Recuperado a partir de <http://www.culturaydeporte.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/cultura/mc/culturabase/asuntos-taurinos/resultados-asuntos-taurinos.html> (última fecha de consulta: 27/06/2019).

168. *Ibidem*, p. 1.

169. *Ibidem*, p. 15.

170. *Ibidem*, p. 12.

Murcia, Comunidad Valenciana y Aragón). En particular, en 2018, con relación a la celebración de corridas de toros, de nuevo muchas comunidades autónomas no superan los 10 festejos (Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Galicia, Murcia, La Rioja y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla); muchas otras no superan las 25 corridas de toros (Navarra, Comunidad Valenciana, Aragón, País Vasco y Extremadura). Ninguna Comunidad Autónoma alcanza las 75 corridas de toros anuales¹⁷¹.

En cuanto a los festejos populares en que se juegan o corren reses, en varias Comunidades Autónomas no llegan a celebrarse o se celebra solo un festejo (así, en Asturias, Baleares, Canarias, Galicia y las ciudades de Ceuta y Melilla)¹⁷².

Estas estadísticas, que contrastan con las ya señaladas respecto a la protección animal en los inicios de este análisis (*vid. supra* III.1) *in fine*), parecen avocar a un cambio legislativo, que, sin embargo, no se desarrollará sin una voluntad política al respecto.

3. CONCLUSIONES

Como se ha señalado, en todo caso y aunque parece inevitable (de acuerdo con las estadísticas señaladas) que se arribe a una regulación en que las conductas que integran las corridas de toros dejen de protegerse como arte para sancionarse por la vulneración de los animales que suponen, en la actualidad, desde luego, se trata de conductas que no solo no están sancionadas penalmente, sino que están permitidas legalmente.

Existiendo dos culturas contrapuestas: la animalista y la defensora de la tauromaquia, cualquiera de ellas se podría llegar a imponer, próximamente, también a nivel legislativo. La idea de que siempre se va a imponer la que ha constituido una indudable tradición cultural en España, la tauromaquia, no es asumible (también eran las luchas entre gladiadores una tradición cultural, pero, sin embargo, ya no es posible mantener esta concepción en la actualidad).

Sin embargo, como se ha señalado ya por DE LUCAS y RODRÍGUEZ URIBES, para que se articule esta protección jurídica como realidad deben concurrir tanto una opinión pública favorable a ella, como (sobre todo) voluntad política al respecto¹⁷³.

171. *Ibidem*.

172. *Ibidem*, p. 14.

173. DE LUCAS, Javier, y RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel (Coords.): *Derechos humanos y Constitución*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 812.

IV. ¿REPRESIÓN PENAL DEL ARTE?

Se ahonda ahora en una realidad práctica que ha venido superando las previsiones de nuestros legisladores, quienes, sin embargo, tampoco le han puesto freno corrigiendo las imperfecciones del sistema.

Existen determinados delitos que colisionan e invaden el terreno de los derechos fundamentales a la libertad de pensamiento y, especialmente, a las libertades de expresión y a la libertad de creación literaria y artística (reconocidas en los artículos 16 y 20 de la Constitución).

En todo caso, ninguna libertad es ilimitada. En particular, todas las libertades reconocidas en el art. 20 CE (libertades de expresión y creación) vienen limitadas, de acuerdo con su apartado 4, por el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia, que cumplen, según la STC 23/2010, de 27 de abril¹⁷⁴, “una ‘función limitadora’ en relación con las libertades”.

Sin embargo, como reconoce el propio Tribunal Constitucional “más allá de esos topes constitucionalmente establecidos a la vis expansiva de la libertad de expresión [...] el respeto al contenido del derecho, y a su dimensión general en cuanto garantía esencial del Estado democrático, impide someterlo a bienes o valores de rango infraconstitucional”¹⁷⁵; y, añade, en concreto que “el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho”¹⁷⁶. Pues bien, existen algunas figuras jurídico-penales que ponen en cuestión tal consideración.

1. ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO Y HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS

El Tribunal Supremo ha reiterado la tensión existente entre el delito recogido en el apartado 1 del art. 578 del Código penal y el derecho a la libertad ideológica y de expresión¹⁷⁷. El apartado 1 del art. 578 del Código penal español recoge los delitos de enaltecimiento del terrorismo (primera modalidad) y humillación a las víctimas (segunda modalidad), introducidos por la LO 7/2000, de 22 de diciembre. Se introdujo, precisamente, como una suerte de “apología *in genere*”¹⁷⁸, en oposición clara a diversas sentencias del Tribunal

174. Tribunal Constitucional (Sala 1.ª). Sentencia n.º 23/2010, de 27 de abril (Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), FJ 3.

175. *Ibidem*.

176. *Ibidem*.

177. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Sentencia n.º 180/2012, de 14 de marzo (Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer), FJ 4.

178. Así, *v. gr.* STS n.º 587/2013, de 28 de abril (Pte.: José Manuel Maza Martín), FJ 1.

Constitucional en que se declaraba inconstitucional “la penalización del elogio o defensa de ideas, o la expresión de ideas subjetivas sobre acontecimientos históricos o actuales”¹⁷⁹, y entrando, en parte, en conflicto con lo dispuesto en el art. 18 CP, que señala que la apología “solo será delictiva como forma de provocación y si [...] constituye una incitación directa a cometer un delito”.

El art. 578 CP, en su apartado 1, contiene, como se ha explicado, dos conductas típicas, castigadas con la pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 18 meses, con posibilidad de imposición de las prohibiciones del art. 57 CP. En primer lugar, el enaltecimiento o justificación públicas de los delitos de terrorismo o a sus autores. En segundo, la realización de actos atentatorios contra el honor y dignidad de las víctimas de delitos de terrorismo y de sus familiares. La primera de las modalidades sanciona “el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución” y la segunda “la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”.

Asimismo, se establece en el apartado 2 una agravación para lo que es el supuesto más habitual en la actualidad, es decir, en los casos en que “los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información”; y también se prevé otra circunstancia agravada en el apartado 3 cuando los hechos “a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella”.

Asimismo se establecen consecuencias específicas relativas al borrado o retirada de los contenidos o servicios ilícitos en los apartados 4 y 5.

Pues bien, ambos delitos han sido criticados por la doctrina. Aunque más el primero, por tipificar conductas que no integran provocación directa ni indirecta (contra lo dispuesto, como se ha señalado, en el art. 18 CP) y muy alejadas de la lesión al bien jurídico¹⁸⁰. El segundo ha sido criticado, no –desde luego– por carecer de justificación material (es del todo inadmisibles e incomprensibles que existan personas que se dediquen a enviar mensajes a través de redes sociales o a realizar llamadas a los familiares de fallecidos por atentados terroristas, vejándoles y vilipendiándoles), sino por su inclusión dentro de los delitos del terrorismo, cuando son realizados por personas totalmente desvinculadas de

179. Vid. PENA GONZÁLEZ, Wendy: “El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: ‘Derecho penal’ del enemigo”, *CEFLegal*, n.º 221, junio 2019, pp. 95 y ss.

180. V. gr. VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 823-826.

las organizaciones terroristas y del terrorismo, cuando podrían tipificarse solo como unas injurias cualificadas. También se ha criticado la punición conjunta de ambas figuras, considerando que solo puede tener el sentido de que “una punición legitime, por proximidad, a la otra”¹⁸¹.

En cualquier caso, la casuística muestra que la aplicación de estos delitos se ha venido haciendo de forma expansiva. El delito de enaltecimiento del terrorismo, inicialmente. Se aplicaba a los rituales de recepción y homenaje a los presos de ETA y, con posterioridad, a las reclamaciones de liberación de los presos de ETA y de la mejora de sus condiciones carcelarias¹⁸².

Sin embargo, con el desarrollo de las TICs y la generalización del uso de Internet por la población de “Occidente”, y coincidiendo con la reforma del art. 578 del Código penal por la LO 2/2015, de 30 de marzo, que agrava la regulación penal de las conductas, se comienza a generalizar una aplicación jurisprudencial expansiva¹⁸³ de los ambos tipos penales señalados y que dista mucho de una aplicación respetuosa con el derecho fundamental a la libertad de expresión y creación artística. En efecto, ha comenzado a generalizarse la aplicación de ambos tipos a expresiones vertidas en redes sociales (incluyendo expresiones irónicas y humorísticas, como en el “caso Strawberry”¹⁸⁴ –que desde luego exceden mucho de lo que debería perseguir el delito, pero que no son objeto de este análisis–, y expresiones jocosas y cómicas) y letras de canciones.

En la STS 106/2015¹⁸⁵ se analiza la concurrencia del delito de enaltecimiento del terrorismo con ocasión de la letra de canciones del rapero “Pablo Hasél” (encontrándose entre ellas títulos como “Libertad presos políticos”, “Los peores terroristas”, “El llanto de las gaviotas”, “No me da pena tu tiro en la nuca”), concluyéndose que las letras sí se subsumen en el precepto (y confirmando la condena de la AN), considerándolo así el TS al señalar que “el cantante subió y consintió que otros subieran a la red social YouTube, diversos archivos de audio o vídeo, conteniendo canciones de su creación que tuvieron

181. CANCIO MELIÁ, Manuel: *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, Madrid, Reus, 2010, p. 272.

182. PENA GONZÁLEZ, Wendy: “El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: ‘Derecho penal’ del enemigo”, *cit.*, pp. 16-30.

183. V. gr. *vid.* PENA GONZÁLEZ, Wendy, *El concepto de terrorismo*, Salamanca, Ratio Legis, 2019, p. 70.

184. El caso, al que le da nombre su protagonista, el músico del grupo Def Con Dos, conocido como César Strawberry, llegó hasta el TS, donde la STS 4/2017, de 18 de enero (Ponente: Manuel Marchena Gómez), condena por enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas al músico conocido como César Strawberry, por compartir una serie de mensajes a través de la red social “Twitter”, y que la AN en la sentencia de instancia había declarado en los hechos probados que tenían sentido irónico.

185. STS 106/2015, de 19 de febrero (Ponente: D. Joaquín Giménez García).

gran difusión”, con referencia a las organizaciones terroristas Grapo, ETA, Al Qaeda, RAF, Terra Lliure y a sus miembros, “en claro apoyo a los mismos y a dichas organizaciones terroristas, ensalzando y alabando sus acciones, justificando su existencia, pidiendo que vuelvan a cometer sus acciones terroristas y presentándolos como víctimas del sistema democrático”.

Por otra parte, en la SAN 4/2017¹⁸⁶ se condena por el contenido de unas letras de canciones al músico conocido como “Valtonyc” a los delitos de humillación a las víctimas y enaltecimiento del terrorismo por frases como “Tu bandera española está más bonita en llamas, igual que un [...] patrol de la guardia cuando estalla”. Señala la AN, entre otras cosas, que “ensalza a terroristas” [...] los califica como presos políticos y critica la prisión y la condena de los mismos, diciendo que “entregan su vida a la lucha”.

Dicha conclusión fue confirmada por el Tribunal Supremo en la STS 79/2018¹⁸⁷, a pesar de que el TS señala que se debe acreditar la finalidad o motivación de los actos de enaltecimiento y valorar el riesgo que generan para las personas, derechos de terceros o el sistema de libertades. Sin embargo, no parece acertada tal decisión, pues la finalidad o motivación de las expresiones vertidas podría llegar a considerarse sarcástica o de protesta (y es esa posibilidad la que debe impedir la condena) y se expresa a través de canciones¹⁸⁸. Y, en adición, difícilmente dichas canciones generan un riesgo para los derechos de terceros, personas o el sistema de libertades, ni incrementan la comisión de delitos de terrorismo (ni, evidentemente, se constata así en el relato de la sentencia)¹⁸⁹.

No son las primeras veces que se analizan letras de canciones como consecuencia de del análisis de la aplicación de este delito. Ya en la SAN 63/2006 (confirmada en la STS 656/2007)¹⁹⁰ se enjuició la letra de algunas canciones del grupo musical “Soziedad Alkohólika”, concluyendo la Audiencia Nacional que no integraban el delito de enaltecimiento del terrorismo, y a tal conclusión llega a través de una interpretación filológica de la palabra “txota” y con base en una interpretación *favor libertatis*.

El absurdo se hace realidad todavía más tras la detención de varios titiriteros que habían representado una obra satírica sobre los montajes policiales, en la que un policía coloca junto a una bruja una pancarta en la que pone “Gora

186. SAN 4/2017, de 21 de febrero (Ponente: Dña. Concepción Espejel Jorquera).

187. STS 79/2018, de 15 de febrero, FJ 2 (Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer).

188. PENA GONZÁLEZ, Wendy: “El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: ‘Derecho penal’ del enemigo”, *cit.*

189. *Ibidem*.

190. SAN 62/2006, de 21 de noviembre (Ponente: Dña. Clara E. Bayarri García) y STS 656/2007, de 17 de julio (Ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

Alka-ETA” para que sirva de prueba contra ella. Es decir, un personaje dentro de una obra de ficción coloca a otro personaje una prueba falsa para que acuse al segundo (paradójicamente) por un delito de enaltecimiento del terrorismo. Finalmente, y como parecía evidente, se archivó la causa, pero el simple hecho de que se pudiese acusar de enaltecimiento a dos sujetos que movían titeres por la conducta de unos personajes en una obra teatral pone en cuestión la razonabilidad de la existencia del delito, al menos en los términos en que está redactado.

Por otra parte, la STS 623/2016¹⁹¹ condena a un sujeto por verter en la red social Twitter, por una parte, chistes del asesinato de Carrero Blanco (presidente durante la dictadura franquista, fallecido hace más de 45 años como consecuencia de un atentado de ETA), que se consideran constitutivos de un delito de humillación a las víctimas (a lo que se unen otras expresiones de burla o mofa sobre víctimas del terrorismo), y otras expresiones que se consideran subsumibles en el delito de enaltecimiento del terrorismo.

Como consecuencia de todo lo anterior, el debate sobre el respeto a la libertad de expresión y creación literaria y artística, mientras se mantenga la existencia y aplicación de este delito, está sobre la mesa. No obstante, el Tribunal Supremo ha señalado que el bien jurídico protegido “es la interdicción de lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional califican como discurso del odio”, que define como “la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica”, dado que “el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrización colectiva como medio de conseguir esas finalidades”. Añadiendo el TS que es “un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan [...] porque nuestra Constitución no impone un modelo de ‘democracia militante’”. Además, el TEDH ha declarado que “determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser legítimas y necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o [...] provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista”.

Sin embargo, el salto a la palestra de nuevos casos como los expuestos ponen claramente en cuestión las palabras del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional no se había pronunciado hasta una fecha reciente acerca de la compatibilidad entre el derecho a la libertad ideológica y de expresión y el delito de enaltecimiento del terrorismo. Sólo se había

191. STS n.º 623/2016, de 13 de julio (Ponente: D. Julián Artemio Sánchez Melgar).

pronunciado con relación al delito de apología en la STC 159/1986 y con relación al delito de enaltecimiento del genocidio en la STC 235/2007¹⁹². Sin embargo, ha dado respuesta a ese vacío en la STC 112/2016, de 20 de junio¹⁹³, en la que señala el TC que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus actores requiere que propicien o alienten (aunque sea de manera indirecta) una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Y ello es necesario para ser compatible con el derecho a la libertad de expresión, en la medida en que las expresiones se consideren integrantes del discurso del odio.

Tal interpretación parece más razonable que las respuestas que había venido dando el Tribunal Supremo hasta el momento (señalando que “no integra una provocación ni directa ni indirecta”) y es más coherente con la regulación actual de la Directiva 541/2017¹⁹⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁹⁵. Sin embargo, la aplicación que hace el Tribunal Constitucional en la sentencia hace dudar de tal conclusión: entiende que sí concurre una incitación indirecta a la violencia por parte del sujeto, pero no se lleva a cabo ninguna labor de ponderación para llegar a dicha conclusión (como denuncia en su voto particular el magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos), y difícilmente la conducta enjuiciada en la sentencia integra un riesgo (indirecto) para los derechos de terceros o el orden constitucional.

Sin embargo, el TS ha venido realizando una interpretación cada vez más apropiada a la luz de la Sentencia del TC. En particular, y con relación con el asunto que aquí se analiza, un caso muy sonado ha sido el reciente caso de “Cassandra Vera”, una usuaria de la red social “Twitter”, que también había vertido numerosos mensajes jocosos sobre el atentado de Carrero Blanco, tales como: “ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial”; “¿Carrero Blanco también regresó al futuro con su coche?” (acompañado de la etiqueta #RegresoAlFuturo); o, la expresión “20D” (fecha del atentado), junto con la imagen de un astronauta con la cara de Carrero Blanco, en lo que parece ser la superficie lunar y la bandera de España de la dictadura, con el preconstitucional escudo del águila. La Audiencia Nacional había condenado en la sentencia de instancia de 2017 a la joven tuitera, como responsable de un delito de humillación a las víctimas del terrorismo, a penas

192. SSTC 159/1986, de 16 de diciembre (Ponente: Dña. Gloria Begué Cantón), y 235/2007, de 7 de noviembre (Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo).

193. STC 112/2016, de 20 de junio (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos).

194. PENA GONZÁLEZ, Wendy: “El delito de enaltecimiento del terrorismo: ‘Derecho penal’ del enemigo”, *cit.*, pp. 119 y ss.

195. Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 7 años. El carácter irrisorio de la acusación llevó a que la propia nieta del expresidente franquista señalase que era un disparate¹⁹⁶.

En cualquier caso, el TS, en el marco de esta positiva evolución jurisprudencial desarrollada durante los últimos años, absuelve en la STS 95/2018¹⁹⁷ a la tuitera. En este sentido señala que “que no todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578”¹⁹⁸, existiendo otras formas de reparación de los excesos verbales (no jurídico-penales) en nuestro sistema jurídico, como consecuencia de los principios de *ultima ratio* o fragmentariedad del Derecho penal, de manera que, como añade el TS:

“No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo”¹⁹⁹.

El TS indica en la sentencia también que la invocación extendida de los nocivos efectos del discurso del odio no ayuda a la labor exegética del tipo, debiéndose apartar el análisis judicial de una “convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso”²⁰⁰, porque:

“El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia”.

196. JUNQUERA, Natalia: “La nieta de Carrero Blanco ve ‘un disparate’ pedir cárcel por unos tuits sobre su abuelo”, *El País*, 19 de enero de 2017. Recuperado a partir de https://elpais.com/politica/2017/01/18/actualidad/1484771677_648133.html (última fecha de consulta: 27/09/2019).

197. Sentencia del Tribunal Supremo n.º 95/2018, de 26 de febrero (Ponente: D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro).

198. *Ibidem*, FJ 2.

199. *Ibidem*.

200. *Ibidem*.

El Tribunal, en adición, señala que los tuits enjuiciados “no contienen ningún comentario ácido contra la víctima del atentado ni expresan frases o comentarios hirientes, lacerantes o ultrajantes contra su persona o cualquier aspecto concreto de su vida pública o privada”²⁰¹, solo existe mofa o sarcasmo en la forma en que se produjo el atentado, aprovechándose el humor negro para cuestionar al personaje “en una reacción muy propia de nuestro entorno social de criticar u hostigar sarcásticamente a cualquier personaje público en cuanto sale al paso cualquier contingencia que permita improvisar un chiste idóneo para ridiculizar o parodiar un defecto o una desgracia personal”²⁰². A ello se añade la contextualización que hace el Tribunal Supremo, dado que “el atentado objeto de mofa o burla ha tenido lugar hace ya 44 años” (hoy 46 años).

A la vista de todo lo anterior, parece claro que el contenido del tipo del art. 578 CP es demasiado amplio, pudiendo incluir expresiones, opiniones sarcásticas, irónicas y humorísticas, o el contenido de letras de canciones, y es incompatible con el derecho a la libertad de expresión y creación literaria y artística. Y por ello es especialmente importante la interpretación que de él haga la jurisprudencia (pese a que el principal responsable no es el aplicador de derecho, sino el propio legislador). Este reciente vuelco jurisprudencial debe ser alabado, y ello únicamente por ser la única opción razonable en un Estado democrático y de Derecho.

2. INJURIAS A LA CORONA

El art. 490 del Código penal sanciona, en su apartado 3, al que calumniare o injuriare “al Rey, a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas”, diferenciando la pena si la calumnia o injuria fueran graves o no lo fueren.

Asimismo, el art. 491 castiga, en su apartado 1, las calumnias o injurias contra las personas mencionadas fuera de los supuestos previstos al mismo. En el apartado 2 se castiga “al que utilizare la imagen del Rey o de la Reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o de la Princesa de Asturias, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona”.

Como expresa MUÑOZ CONDE, la tipificación de los ataques al honor de estas personas, diferenciada del régimen común “procede del carácter

201. *Ibidem*.

202. *Ibidem*.

carismático y casi mítico con que se rodeaba la figura del Jefe del Estado en la dictadura franquista”²⁰³ (si bien con penas inferiores) y se encuentra en los linderos de la libertad de expresión y crítica. Precisamente este autor (como la práctica unanimidad de la doctrina) señala que en una democracia nadie puede estar exento de crítica dada su posición y, en adición, hay que contextualizar el delito de utilización indebida de la imagen, dado que no puede incluir sátiras, caricaturas, chistes, etc., que serán habituales para quienes detentan el poder²⁰⁴.

Sin embargo, el delito de injurias a la Corona ha sido aplicado de forma vasta a situaciones que desde luego no deberían incluirse en el tipo. En este sentido, *u. gr.* la SAN 62/2007, de 13 de noviembre, condena a condena por un delito de injurias al príncipe heredero del art. 491.1 y 491.2 del Código penal (de conformidad con el art. 30 CP) a dos humoristas gráficos de profesión y colaboradores habituales de la revista “El Jueves” que realizaron una portada “con motivo del anuncio por parte del Presidente del Gobierno de España de otorgar una subvención de 2.500 euros para cada familia con residencia legal en España por cada nuevo hijo que nazca o adopte”²⁰⁵. La portada consistía en un dibujo donde, explica la AN, “aparecen caricaturizados, desnudos, pero perfectamente identificables, Su Alteza Real el Príncipe de Asturias, Heredero de la Corona, junto a su esposa, Su Alteza Real la Princesa de Asturias, bajo el titular ‘¡SE NOTA QUE VIENEN ELECCIONES, ZP! 2.500 POR NIÑO’, en una explícita postura sexual, atribuyendo al Príncipe de Asturias las siguientes expresiones; ‘¿Te das cuenta? SÍ te quedas preñada... ¡esto va a ser lo más parecido a trabajar que he hecho en mi vida!’”. La AN expone que tal caricatura “tilda al Príncipe, esencialmente, de vago y, por ende, codicioso”²⁰⁶, lo que, como expone REBOLLO VARGAS, es infundado y va más allá de lo que dice el texto²⁰⁷.

En definitiva, y como se ha expuesto ya, en nuestro Estado democrático y de Derecho el buen gusto no es un límite a la libertad de expresión, pues la admisibilidad las diversas opiniones, por soeces o malsonantes que sean, son parte indispensable de los valores superiores del ordenamiento jurídico que recoge el art. 1.1 *in fine* de la Constitución: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Y este es el sentido en que se pronunciaba el TC en la STC

203. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, p. 729.

204. *Ibidem*.

205. SAN 62/2007, de 13 de noviembre (Ponente: D. José María Vázquez Honrubia). Conclusión confirmada en apelación, como explica REBOLLO VARGAS, Rafael: “La portada de la revista ‘El Jueves’ ante la justicia: el heredero de la corona como ‘vago voluptuoso y codicioso’”, en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis R. y RUIZ FERNÁNDEZ, M.ª J. (Dirs.): *El arte a juicio*, pp. 193-204.

206. SAN 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 2.

207. Aunque REBOLLO VARGAS, Rafael: *op. cit.*, p. 201, hace referencia a la sentencia de apelación.

ya citada 23/2010, cuando señalaba que “el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales” al derecho a la libertad de expresión, derecho que no se puede someter a límites de rango infraconstitucional.

Por tanto, es difícil mantener la defensa de un delito del calibre del expuesto en el apartado 2 del art. 491, pues las conductas que se sancionen con arreglo al mismo pueden quedar comprendidas dentro del mal gusto, que no puede ser censurado a través de un delito. Y, en cualquier caso, desde luego, la interpretación que los tribunales hacen del delito debería ser restrictiva (y no expansiva, como en la sentencia citada).

3. EL NECESARIO LÍMITE ENTRE LO MORAL Y LO DELICTIVO

Como es evidente, ninguna libertad es ilimitada. Pero tampoco han de serlo las restricciones a las mismas. Las prácticas expuestas difícilmente son compatibles con las libertades de expresión y de creación literaria y artística.

Y ello porque, como explica FERRAJOLI, el Derecho no tiene la tarea de imponer o reforzar la moral²⁰⁸. En cambio, debe existir una separación axiológica entre el Derecho y la moral, y, particularmente, en relación con la mayor expresión de poder punitivo estatal, el Derecho penal, y ello lleva consigo que sólo puedan ser legítimos los castigos de conductas externas y lesivas para bienes jurídicos dignos de protección penal. El principio de lesividad, derivado de dicha separación, opera como *prius* lógico del principio de proporcionalidad, que –a su vez– opera, como explica VIVES ANTÓN²⁰⁹, como “un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones concretas de normas constitucionales”. Esta es la única opción admisible en un Estado que no se configura, como ha señalado el TC, como una “democracia militante”. Toda expresión artística (y toda opinión), por muy indeseable o deleznable que sea, no puede ser sancionada penalmente, lo que es difícilmente compatible con el contenido y la aplicación de los delitos expuestos en este apartado.

V. GENOCIDIO CULTURAL

1. UN GENOCIDIO... ¿CULTURAL?

El genocidio cultural es el más grave de los actos atentatorios contra el arte y la cultura que se pueden encontrar, pues supone la destrucción de un grupo

208. FERRAJOLI, Luigi: “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo Foro Penal*, N.º 79, 2012, p. 109.

209. VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 821.

a través de la destrucción de su cultura y su arte (destrucción de bibliotecas, monumentos, prohibición del idioma, quema de bibliotecas, etc.).

El término “genocidio” es introducido por LEMKIN por vez primera en su libro de 1944 *Axis rule in occupied Europe*²¹⁰, donde señala que “las nuevas concepciones requieren nuevos términos”, añadiendo que “por ‘genocidio’ entendemos la destrucción de una nación o un grupo étnico”. El propio LEMKIN indicó su origen etimológico, de la palabra griega “*genos*” (raza, tribu) y la latina “*cidio*”, “*caedere*” (matar). En todo caso, señalaba el autor que implica “un plan coordinado o acciones diferentes que buscan la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de grupos nacionales, con el objeto de destruir a los grupos en sí mismos”²¹¹.

A raíz de ello el concepto de genocidio comienza a cobrar importancia, encontrando su punto álgido en su inclusión en los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional en el art. 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma en el año 1998 (junto con los crímenes de guerra, contra la humanidad y el crimen de agresión).

Los redactores del Estatuto, sin embargo, no consideraron conveniente la introducción de la variedad conocida como “genocidio cultural”, máxima lesión del bien jurídico constituido por la cultura y, a consecuencia, que mayor amparo merece entre los fenómenos atentatorios contra la misma.

Esta variante del genocidio tampoco había sido incluida en la Convención de Nueva York de 1948 para la prevención y la represión del crimen de genocidio. El texto prácticamente se mantuvo intacto en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda²¹². En la elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque intervinieron diversos actores en su elaboración, se tomó la decisión de no alejarse de la definición reconocida por el Derecho internacional consuetudinario, que desde luego no incluía el genocidio cultural²¹³.

Ya el Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, en referencia a la costumbre internacional, había indicado en la sentencia del caso Krstić:

“[...] A pesar de los desarrollos recientes, la norma consuetudinaria internacional limita la definición de genocidio a aquellos actos que buscan la destrucción física o biológica de todo o parte del grupo. Por lo tanto, el intento

210. LEMKIN, Raphael: *AXIS RULE IN OCCUPIED EUROPE*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944, p. 78. Traducción propia.

211. *Ibidem*. Traducción propia.

212. JESSBERGER, Florian y WERLE, Gerhard: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 493 y ss.

213. *Ibidem*.

*de atacar solo los caracteres culturales o sociológicos de un grupo humano con el objeto de aniquilar aquellos elementos que le dan al grupo su identidad distinguida del resto de la comunidad no entrarían en la definición de genocidio. La Sala del Tribunal, no obstante, destaca que, donde hay destrucción física o biológica hay habitualmente también ataques simultáneos a la propiedad cultural y religiosa y a los símbolos del grupo objetivo, ataques que pueden ser legítimamente considerados como una evidencia del intento de destrucción física del grupo*²¹⁴”.

Partiendo de esta premisa, se continuó con la exclusión del genocidio cultural en el Estatuto de la CPI, a excepción de una modalidad tangencial a la que se hará referencia *infra* y cuyo carácter “cultural” no es poco debatido²¹⁵.

2. EL ECPI Y EL TRASLADO FORZOSO DE NIÑOS DE UN GRUPO A OTRO

En el art. 6 del ECPI se señala que se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Los actos concretos son: la matanza de miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, y traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

En cualquier caso, lo que se protege es “tanto la existencia física como la existencia social”²¹⁶ del grupo: “La destrucción de un grupo puede conseguirse también mediante la destrucción de la identidad de grupo, porque ésta conduce, al igual que la exterminación física del grupo, a su desaparición y tiene como consecuencia su pérdida para la humanidad”.

214. Sentencia Case Krstic (n.º IT-98-33-T). Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, Naciones Unidas, 2 de agosto de 2001, parágrafo 580. Texto original: “[...] despite recent developments, customary international law limits the definition of genocide to those acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group. Hence, an enterprise attacking only the cultural or sociological characteristics of a human group in order to annihilate these elements which give to that group its own identity distinct from the rest of the community would not fall under the definition of genocide. The Trial Chamber however points out that where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to physically destroy the group”.

215. JESSBERGER, Florian y WERLE, Gerhard: *op. cit.*

216. *Ibidem*, p. 495.

Frente a las críticas de que la inclusión de la existencia social del grupo contravenía el principio de legalidad, se ha señalado que el principio de taxatividad se respeta en la medida en que “la existencia social del grupo se protege sólo frente a las acciones concretas de agresión contenidas en el tipo”²¹⁷.

Las variantes de genocidio que se protegen son el genocidio físico y biológico; lo que no queda tan claro es si existe la protección del acervo cultural a través del delito de genocidio. Algunos autores han considerado que el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro es una clara modalidad de genocidio cultural.

Así, *v. gr.*, señalan JESSBERGER y WERLE que recoge y tipifica una modalidad de genocidio cultural cuando se sanciona²¹⁸, en el caso del ECPI “el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro grupo” (siempre que se realice con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso). En los primeros borradores de la Convención sobre el Genocidio, como explican JESSBERGER y WERLE, se incluía el genocidio cultural (como la supresión de cualidades específicas de un grupo como el idioma o acervo cultural) y, dentro de esta variante, la primera modalidad (de las 5) era precisamente el traslado forzoso de niños de un grupo a otro²¹⁹.

Estos autores consideran que se trata de una verdadera variante de genocidio cultural en la medida en que mediante el traslado forzado “los niños no pueden criarse en su propio grupo y se les distancia de su identidad cultural”²²⁰, siéndoles extraños “el idioma, las costumbres y los usos del grupo”²²¹ (por el carácter endeble y maleable de los niños), de manera que se pone en peligro su existencia social y su existencia física (los afectados “no se reproducirán dentro del propio grupo”²²²). El traslado forzado de los niños debe llevarse a cabo mediante la fuerza física o psíquica.

Sin embargo, otros autores consideran que no es una verdadera modalidad de genocidio cultural. En este sentido, FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA ha indicado que parece más bien que ha de ser considerado un genocidio biológico, pues en nada se diferencia el traslado forzoso de niños del hecho de impedir la reproducción y los nacimientos mediante esterilización²²³.

Cabe concluir, sobre la variante de traslado forzoso de niños, que se trata de una modalidad biológico-cultural, pues se protege tanto la existencia y

217. Ídem.

218. JESSBERGER, Florian y WERLE, Gerhard: *op. cit.*, p. 507.

219. *Ibidem*, p. 514.

220. *Ibidem*, pp. 514-515.

221. Ídem.

222. Ídem.

223. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina: *El genocidio en el Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 76.

permanencia física del grupo a través de la sanción del traslado forzoso de sus menores, como el mantenimiento y conservación de los elementos culturales que se transmiten de generación en generación a través de la socialización (lenguaje, tradiciones culturales, etc.).

Quedan, en cambio, fuera de la protección que frente al genocidio brinda el ECPI, todas las demás variantes de genocidio cultural, y, con ello, de la protección del arte y la cultura en la mayor parte de sus manifestaciones (y, en todo caso, de todas aquellas que no llevan consigo el traslado del grupo).

Por ejemplo, quedan fuera de la protección la quema de obras de arte, destrucción de museos, bibliotecas, etc., que, como se verá, se trata de fenómenos de actualidad, que deberían ser protegidos dentro de la figura del genocidio, ya que acarrearán también la destrucción del grupo.

3. GENOCIDIO CULTURAL EN EL CÓDIGO PENAL

En nuestro Código Penal el delito de genocidio se castiga en el art. 607.1, con penas que oscilan desde la prisión permanente revisable a la pena de prisión de 4 a 8 años (y las penas de inhabilitación). El delito no prescribe, de acuerdo con el art. 131.3 CP.

Se sanciona la realización de conductas de homicidio, agresiones sexuales, lesiones, sometimiento a grupos o sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adopción de medidas que tiendan a impedir su género de vida o reproducción, o traslados por la fuerza de individuos de un grupo a otro, cuando dichos actos se realicen con la finalidad de “de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes”.

El sujeto pasivo en el genocidio es el grupo humano, mientras que el objeto material son los miembros del grupo que soportan el delito por su pertenencia al grupo²²⁴.

El bien jurídico protegido es la existencia de los grupos humanos, con independencia de sus rasgos. Se ha señalado que el sustrato ideológico de este bien jurídico es “el reconocimiento del pluralismo universal de las religiones, grupos nacionales, razas o etnias, y del nivel de igualdad en el que todas se encuentran”²²⁵, introduciéndose por la LO 5/2010, de 22 de junio, una referencia específica al grupo determinado por la discapacidad de sus integrantes,

224. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.): *Tratado de Derecho penal español, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 555.

225. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*, pp. 693-694.

lo que incluye, en atención a la práctica del régimen nacionalsocialista en Alemania, “enfermedades contagiosas graves, enfermos terminales [...], psicosis esquizofrénica, retrasos mentales severos”²²⁶, etc.

En cualquier caso, precisamente este es un caso de intervención del Derecho penal a través del “minimísimo ético” que se corresponde con la garantía de los derechos humanos. Es decir, como ya se ha comentado, el Derecho penal no se debe posicionar a través de las diferentes concepciones de la vida buena, de las diferentes concepciones de bien que tenga una comunidad. Pero esta afirmación encuentra un único límite en que debe intervenir la ética mínima en el Derecho penal: la garantía de los derechos humanos. La supresión de un grupo por tener determinadas características es una clara vulneración de las bases de los derechos humanos: la libertad, la dignidad y la igualdad de todos los individuos que componen el grupo; por tanto, se justifica la introducción de estas previsiones en el ámbito punitivo.

Junto a la lesión del grupo se ubican las lesiones a bienes jurídicos individuales en la perpetración del delito, tratándose de un delito de consumación anticipada.

El tipo subjetivo requiere el dolo directo y el elemento subjetivo específico de tener por propósito la destrucción del grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de los integrantes²²⁷. Es irrelevante, en cambio, el móvil²²⁸.

En el mismo sentido, algunos autores podrían considerar como genocidio cultural el que sanciona nuestro Código penal al castigarse a los que “trasladaran por la fuerza a individuos de un grupo a otro”, con los mismos fines (siempre que se trate de niños), si bien, como se ha dicho, se trata de una suerte de genocidio biológico-cultural y que desde luego no comprende ni los más graves ni los principales actos atentatorios contra la cultura del grupo.

Por otra parte, la inclusión de la referencia a la adopción de medidas que tiendan a impedir “el género de vida” del grupo o de sus miembros, señala la doctrina que “ha querido incriminar más allá de la normativa internacional el denominado ‘genocidio cultural’”²²⁹.

En todo caso, es importante señalar la vulneración del principio de taxatividad y legalidad en la dicción del tipo, pues “no se alude directamente a

226. *Ibidem*.

227. Respecto a los grupos, es especialmente interesante el debate doctrinal que se ha generado acerca de la no inclusión de los grupos políticos ni de los grupos ateos, que no se han entendido incluidos dentro de los grupos religiosos (si bien no debe ser objeto de análisis en este trabajo).

228. MUÑOZ CONDE, Francisco: *op. cit.*

229. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.): *op. cit.*, p. 577.

medidas que menoscaben el patrimonio histórico, religioso o cultural”²³⁰. El concepto jurídico indeterminado de “género de vida” no deja claro a qué se refiere, pudiendo abarcar hasta las más amplias manifestaciones de impedimentos en el desarrollo de los elementos culturales del grupo, que, desde luego, no deben quedar comprendidos en un delito tan grave como lo es el genocidio.

Por tanto, y aunque se incluya una protección del genocidio cultural, es desacertada, esta vez por la laxa amplitud de su texto.

4. RELEVANCIA Y ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN

Son repetidas las voces que desde el surgimiento de la cuestión han criticado la escueta referencia al genocidio cultural, especialmente considerando que la causa de la no inclusión del genocidio cultural se derivaba de una concesión a las exigencias políticas del momento para poder alcanzar un acuerdo en detrimento de las exigencias liberales²³¹.

La pérdida del patrimonio cultural bajo las ruedas de los trenes de las ambiciones de unos y otros imperios es una constante histórica. No hay siquiera que hacer referencia a las pérdidas históricas por las conquistas –invasiones– de los distintos imperios que llevaron consigo la destrucción del patrimonio cultural de una gran parte de los continentes de África y América. El desarrollo socio-cultural, tecnológico y humanitario no han puesto freno a dicha destrucción. De hecho, todos los intentos de protección cultural en el marco del *ius belli* se han quedado reducidos a papel mojado o no han llegado a ser desarrollados.

En la década de 1970, las pérdidas culturales en África se hacían ya notar: las guerras, las crisis y los gobiernos dictatoriales, unidos al desarrollo de lo que se ha considerado un verdadero “negocio organizado”²³² de adquisición y traslado de obras de arte africanas a otros continentes²³³.

En el contexto actual se ha desencadenado la cuestión en atención a los diversos conflictos bélicos desarrollados en Oriente Medio, siendo, por tanto, todavía en la actualidad, una cuestión de primer orden.

230. *Ibidem*, p. 578.

231. V. gr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, Madrid, 1955, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1957, p. 632.

232. En este sentido, se pronunciaba ALBO GUZMÁN R., Lisa: “Genocidio cultural en África”, *Rebellion.org*, 31 de mayo de 2004. Recuperado a partir de <https://www.rebellion.org/hemeroteca/cultura/040531sc.htm> (última fecha de consulta: 20/02/2019)

233. Usualmente, como señala la autora, se trataba de justificar con la referencia a la carencia de infraestructuras en el continente africano para sostener su propia cultura. Se desarrolla así un expolio encubierto de obras de arte.

Especialmente relevante ha sido la cuestión en los contextos de Irak²³⁴ y Siria²³⁵. Ha sido la propia UNESCO la que ha instado a todas las personas que adquieran obras de arte a que ayuden a detener la destrucción del patrimonio cultural en ambos países, a través del seguimiento de una serie de indicaciones: evitar la adquisición de artefactos no documentados, verificar la validez de la documentación, notificar a las autoridades policiales o la INTERPOL cualquier actividad sospechosa que se observe relacionada con el tráfico ilícito de objetos culturales y asegurarse de que los artefactos ofrecidos para la venta no están protegidos por ley²³⁶.

SÁNCHEZ CORDERO, por ejemplo, ha indicado que en Siria se está produciendo un “Armageddon cultural en donde prevalece el desprecio a la creatividad humana, una guerra civil que ha quebrantado todas las normas del ius belli”²³⁷, haciendo alusión a las constantes infracciones en el país de las normas relativas a la protección del patrimonio cultural que se contienen en la Convención de la Haya de 1954 sobre protección del patrimonio cultural en tiempos de conflicto armado, su Primer Protocolo (1958), la Convención de la UNESCO (1970), las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Adicional Segundo (1977), todo ello, en evidente detrimento de la protección del arte y la cultura. A todo ello se suma, como indica el autor, “la rapiña y el mercado negro”, que contribuyen, en beneficio del mercado del arte, a la destrucción del patrimonio cultural.

5. PROPUESTAS DE “*LEGE FERENDA*”

Aunque fuera posible la protección penal de tales crímenes a través de otras figuras, como los crímenes de guerra²³⁸, parece que la destrucción de

234. *Vid.*, sobre la destrucción cultural de Irak, también en la posguerra, la obra de BÁEZ, Fernando: *La destrucción cultural de Iraq. Un testimonio de posguerra*, Editorial Octaedro, Barcelona, 2004.

235. Han sido constantes, aunque todavía insuficientes, las noticias relativas a la destrucción cultural en el conflicto bélico sirio. Así, *v. gr.*, BIGAS, Magda: “Los grandes monumentos sirios destruidos por la guerra que ya no volverás a ver”, *La Vanguardia*, 02 de febrero de 2016. Recuperado a partir de <https://www.lavanguardia.com/ocio/viajes/20160226/4020835762/grandes-monumentos-sirios-destruidos-guerra.html> (última fecha de consulta: 20/02/2019)

236. UNESCO: “Ayuda a detener la destrucción del patrimonio cultural en Siria e Iraq”, UNESCO. Recuperado a partir de <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/awareness-raising-initiatives/help-stop-the-destruction-of-cultural-heritage-in-syria-and-iraq/> (última fecha de consulta: 20/02/2019)

237. SÁNCHEZ CORDERO, Jorge: *El derecho y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 59 y ss.

238. Como señala ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.): *op. cit.*, p. 578, “El ataque a edificios protegidos históricos o religiosos constituye en todo caso un crimen de guerra, tal

los elementos culturales de un grupo merece de una protección específica al llevar consigo, en efecto, la destrucción del grupo en sí mismo considerado, correspondiendo un reproche penal específico al destruir la manifestación artístico-cultural del grupo.

Por tanto, debería incluirse, entre los actos que determinan la consideración de genocidio, tanto en el ECPI como en el CP, la referencia a la realización de actos que destruyan una parte sustancial de los elementos culturales del grupo, tales como la destrucción de bibliotecas; la prohibición, censura y represión por la utilización de un idioma; la destrucción de museos, obras de arte, monumentos, y otras manifestaciones análogas de la cultura (siempre que se realice con la finalidad de destrucción total o parcial del grupo).

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En la actualidad todavía nos encontramos en un estado de la cuestión en que no se ha alcanzado un consenso sobre los elementos que integran el “arte” desde un punto de vista jurídico (elementos objetivos, subjetivos...), si bien parece indiscutible la importancia de la protección jurídica (y no solo jurídica, sino, especialmente, jurídico-penal) del arte y de la cultura. Como se ha mencionado en diversas ocasiones, la protección jurídico-penal del arte y la cultura es manifestación de la protección de los derechos humanos, y, en particular, de los derechos a la dignidad, libertad e igualdad de todos los individuos. Ello justifica que el Derecho penal “deba” intervenir para garantizar el respeto a todas las culturas (siempre en relación con manifestaciones que sean respetuosas con los derechos humanos) y para sancionar las vulneraciones más graves de esas expresiones artísticas y culturales.

En todo caso, la existencia de una suerte de “derecho al arte” es innegable en el marco de nuestro ordenamiento. En este sentido, el art. de la Constitución Española de 1978 señala que “los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad”, añadiendo que la ley penal “sancionará los atentados contra este patrimonio”; y reconoce y protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Se ha de señalar que el contenido de tales derechos viene especialmente ligado al concepto del valor histórico, cultural o artístico de los bienes, que, como

y como ha reconocido la CPI en el caso Ahmad Al Faqi Al Mahdi por la destrucción de varios edificios en Tombuctú (Mali) en junio-julio de 2012, y que, conforme al art. 613.1 CP, también constituye un delito contra bienes protegidos en caso de conflicto armado”.

se ha explicado, se ha definido por el Tribunal Constitucional como las “singulares características” que dotan a los bienes de unos valores que les hacen acreedores de especial protección. Además, en muchos casos la protección jurídica del arte se produce a través de varias ramas del derecho (civil, penal, administrativa).

En particular, dentro de la protección jurídico-penal del arte, se encuentran diversas figuras jurídicas: desde agravaciones en delitos contra el patrimonio (hurto, robo, estafa, apropiación indebida, daños, sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, receptación), hasta delitos tipificados en leyes especiales (como el de contrabando) y otros delitos específicos. Estos últimos incluyen, tanto una modalidad de los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo, como, específicamente, los delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y los relativos a la protección penal de la propiedad intelectual. En este último caso se plantean supuestos de especial relevancia. En primer lugar, en relación con los supuestos de descargas o reproducciones ilegales en Internet, que tanta polémica han desatado en la última década en nuestro país (son ejemplo claro de ello las constantes declaraciones que se hacían en las ceremonias de los “Premios Goya” contra las mismas²³⁹), castigándose todas las actividades de facilitación de enlaces a páginas web en que se ubiquen las obras objeto de propiedad intelectual y, en particular, las de los responsables de las webs de enlaces. Y ello no obstante a la absolución de los acusados en el caso “Seriesyonkis”, el más sonado hasta el momento, dada la ausencia de punición penal de las conductas en el momento de su comisión. En cambio, son atípicas las conductas de quienes reproducen o descargan contenidos, lo que no implica la ausencia de otros tipos de responsabilidad (civil o administrativa).

En segundo lugar, se ha planteado la problemática del “Top Manta”, que llevó antaño a algunos tribunales a absolver a los “manteros” por respeto a los principios de intervención mínima y proporcionalidad. Hoy, en cambio, se configura como una atenuante, lo que puede disuadir a los tribunales de aplicar tales principios.

La solución a ambos problemas parecería venir por vías no jurídicas, sino más bien culturales (educación) y socioeconómicas (integración social, no marginalización e integración económica). También se ha hecho referencia a otra figura residual, el tipo de obstaculización del derecho a la expresión artística.

239. V. gr. en este sentido *vid.* la siguiente noticia: EL PAÍS: “‘Tenemos que pelear para que las descargas no nos hagan desaparecer’: La presidenta de la Academia denuncia en la ceremonia de los Goya a los teleoperadoras que ganan dinero a costa de sus contenidos”, 2 de febrero de 2009. Recuperado a partir de https://elpais.com/tecnologia/2009/02/02/actualidad/1233566878_850215.html (última fecha de consulta: 22/09/2019).

En cualquier caso, se han planteado algunos problemas jurídicos que van más allá de la regulación penal: la cuestión de cómo se regula el grafiti (tanto su punición, como, también, su protección jurídica) –lo que plantea los límites entre arte y vandalismo–, y, también, los límites entre el coleccionismo y el delito de tenencia de armas y explosivos.

Asimismo, se han planteado los límites en positivo y en negativo del arte desde el punto de vista jurídico-penal. Por una parte, los límites que ya tiene y que se han extralimitado en su aplicación (como sucede con los delitos de enaltecimiento del terrorismo e injurias a la Corona); y, por otra, aquellos que todavía no tiene y que quizás llegarán, como parece necesario (como la protección de los animales frente a la autorización de espectáculos taurinos y circenses que impiden la protección jurídico-penal de los animales protagonistas de los mismos), y que incluso encuentran su explicación en la existencia de una cultura opuesta de protección a los animales.

Por último, se ha planteado la importancia de la introducción de una normativa que incluya la punición del genocidio cultural, que sería la mayor lesión que se puede producir a una cultura, y que está teniendo una enorme trascendencia en la actualidad en países como Siria.

Para finalizar, es importante atender a la encuesta del Anuario de Estadísticas Culturales de 2018²⁴⁰, que destaca que “con muy pocas excepciones, desde la última encuesta realizada, con referencia a 2010-2011, se observa un crecimiento generalizado en las tasas de participación cultural”²⁴¹. Y, parece que ahí se encuentra el *quid* de la cuestión: como suele ser habitual (también en otros ámbitos), la mejor forma de proteger el arte no se encuentra en el ámbito jurídico (ni mucho menos, jurídico-penal), sino de la educación a la población en el respeto en el arte y la cultura y en su promoción.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABC: “La cara oculta del mercado ilegal de arte: terrorismo y organizaciones criminales”, 31 de octubre de 2020. Recuperado a partir de https://www.abc.es/cultura/arte/abci-cara-oculta-mercado-ilegal-arte-terrorismo-y-organizaciones-criminales-202010211814_noticia.html (última fecha de consulta: 01/11/2020).

240. MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE: *Anuario de estadísticas culturales 2018. Nota resumen*. Recuperado a partir de: <https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:76bdbf8b-47f3-40c9-8b8f-562ea4f9826d/anuario-de-estadisticas-culturales-2018-nota-resumen.pdf> (última fecha de consulta 22/09/2019).

241. *Ibidem*, p. 6.

- ALBO GUZMÁN R., Lisa: “Genocidio cultural en África”, *Rebellion.org*, 31 de mayo de 2004. Recuperado a partir de <https://www.rebellion.org/hemeroteca/cultura/040531sc.htm> (última fecha de consulta: 20/02/2019).
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (Dir.): *Tratado de Derecho penal español, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- AUNIÓN, J. A. y GALINDO, José C.: “Los creadores de Seriesyonkis, absueltos tras el mayor juicio por piratería celebrado en España. La juez entiende que pudo haber ‘suculentos beneficios’ pero no ve un ánimo de lucro delictivo y recuerda que hasta 2015 ‘no se criminalizó’ la actividad de estas webs”, *El País*, 22 de junio de 2019. Recuperado a partir de https://elpais.com/cultura/2019/06/21/actualidad/1561109908_761895.html (última fecha de consulta: 22/09/2019).
- BÁEZ, Fernando: *La destrucción cultural de Iraq. Un testimonio de posguerra*, Editorial Octaedro, Barcelona, 2004.
- BASTIDA DURÁN, Pepa: “Concepto de cultura”, *Siranda, Revista de Medios Culturales*, N.º 31, 2010.
- BIGAS, Magda: “Los grandes monumentos sirios destruidos por la guerra que ya no volverás a ver”, *La Vanguardia*, 02 de febrero de 2016. Recuperado a partir de <https://www.lavanguardia.com/ocio/viajes/20160226/4020835762/grandes-monumentos-sirios-destruidos-guerra.html> (última fecha de consulta: 20/02/2019).
- BURKE, Edmund: *Indagación filosófica sobre el origen de nuestras ideas de lo sublime y de lo bello*, Tecnos, 2019.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, Madrid, Reus, 2010.
- CARPERI: *Derecho penal, parte especial, Judicatura*, Ed. Carperi, Madrid, 2018.
- CASTILLO DAUDÍ, Mireya, y BOU FRANCH, Valentín: *Derecho internacional, Derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa y ROBLES PLANAS, Ricardo: “¿Cómo absolver al Top Manta? Panorama jurisprudencial”, *Indret*, 2/2007.
- CISNEROS ÁVILA, Fátima: *Derecho penal y diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- COALICIÓN DE CREADORES Y LIGA DE FÚTBOL: “Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales 2017”. Recuperado

- a partir de <http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/ndp-observatorio-2017-es.pdf> (última fecha de consulta: 25/09/2019).
- CORCOY BIDÁSOLO, Mirentxu (Dir.): *Derecho penal, Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Tomo I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- CRIADO MARTOS, Elena: “El Derecho de los animales en España: regulación normativa, problemática y solución constitucional”, *CEFLegal*, n.º 239, 2020.
- DE LUCAS, Javier, y RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel (Coords.): *Derechos humanos y Constitución*, Tirant lo Blanch, 2018.
- DELGADO TERCERO, Luciano: *El peritaje de obras de arte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DEL CASTILLO, Carlos: “Los acusados de piratería por carta se niegan a pagar: ‘Que demuestren que he sido yo quien ha descargado eso’”, *Eldiario.es*, 22 de septiembre de 2019. Recuperado a partir de https://www.eldiario.es/tecnologia/afectado-cartas-copyright-infraccion-segundo_0_943156404.html (última fecha de consulta 18/09/2019).
- DONALDSON, Sue y KYMLICKA, Will: *Zoopolis: A political theory of animal rights*, OUP, 2011.
- EL PAÍS: “‘Tenemos que pelear para que las descargas no nos hagan desaparecer’: La presidenta de la Academia denuncia en la ceremonia de los Goya a los teleoperadoras que ganan dinero a costa de sus contenidos”, 2 de febrero de 2009. Recuperado a partir de https://elpais.com/tecnologia/2009/02/02/actualidad/1233566878_850215.html (última fecha de consulta: 22/09/2019).
- ELORZA, Antonio: “Genocidios”, *Hispania Nova*, Revista de Historia Contemporánea, N.º 10, 2012.
- EUROPA PRESS: “Tras 20 años la Policía sigue sin lograr resolver el robo de dos cuadros de Velázquez en el Palacio Real”, *Europapress*, 29 de diciembre de 2010. Recuperado a partir de: <https://www.europapress.es/madrid/noticia-20-anos-policia-sigue-lograr-resolver-robo-dos-cuadros-velazquez-palacio-real-20101229111733.html> (última fecha de consulta: 22/08/2019).
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina: *El genocidio en el Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi: “El principio de lesividad como garantía penal”, *Nuevo Foro Penal*, N.º 79, 2012.
- Fiscalía General del Estado: “Consulta FGE 14/1997”. Recuperado a partir de https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/

Consulta14.97.texto.pdf?idFile=03e50fde-6cef-492c-bfd0-3c470e2bf2eb (última fecha de consulta: 17/06/2019).

GIL GIL, Alicia: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.

– “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en AMBOS, Kai (coord.), *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*, 2002, pp. 65-104.

GÓMEZ DE LIAÑO POLO, Gonzalo: “Delitos contra el patrimonio cultural. Especial estudio de contrabando de patrimonio histórico artístico”, *Documentos*, N.º 12/06, Instituto de Estudios Fiscales, 2001.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.): *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GUISASOLA LERMA, Cristina: “La prevención delictiva en las transacciones artísticas”. En GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GUISASOLA LERMA, Cristina: *Expolio de bienes culturales. Instrumentos legales frente al mismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

HAVA GARCÍA, Esther: “La protección del bienestar animal a través del Derecho penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, pp. 259-304.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: *Lecciones de estética*, Ediciones Península 62, Barcelona, 1991.

HEWISON, Robert y HOLDEN, John: “The Right to Art”, *Demos Report*, 2004.

HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: “Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, 17, 1998.

JESSBERGER, Florian y WERLE, Gerhard: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

JUNQUERA, Natalia: “La nieta de Carrero Blanco ve ‘un disparate’ pedir cárcel por unos tuits sobre su abuelo”, *El País*, 19 de enero de 2017. Recuperado a partir de https://elpais.com/politica/2017/01/18/actualidad/1484771677_648133.html (última fecha de consulta: 27/09/2019).

KANT, Immanuel: *Crítica del juicio*, Biblioteca Virtual Universal, 2003.

KANT, Immanuel: *Observaciones acerca del sentimiento de lo bello y lo sublime*, Alianza Editorial, 2017.

La Vanguardia: “Una obra de Banksy se autodestruye tras venderse por 1,8 millones en una subasta”, 10 de junio de 2018. Recuperado a partir de <https://>

- www.lavanguardia.com/cultura/20181006/452190456674/banksy-cuadronina-globo-destruye.html (última fecha de consulta: 26/06/2019).
- LARA, Francisco: “Los toros y la legislación española. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 854/2001, de 11 de julio”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 2010, pp. 705-724.
- LATORRE LATORRE, Virgilio: *Protección penal del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- LEMKIN, Raphael: *AXIS RULE IN OCCUPIED EUROPE*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944.
- LEMKIN, Raphael: “Genocide as a Crime under International Law”, *Journal of international law* (1947), Volumen 41, pp. 145-151. Recuperado a partir de <https://www.jstor.org/stable/i312053> (última fecha de consulta: 28/06/2019).
- LÓPEZ F. CAO, M.^a Ángeles: “Cognición y emoción: derecho a la experiencia a través del arte”, *Pulso*, N.º 31, 2008, pp. 221-232.
- LUZÓN CUESTA, José María: *Compendio de Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019.
- LONGINO, Dionisio: *Tratado de Rhetorica: El Sublime*, Madrid, Editorial MAXTOR, 1770 (Ed. 2001).
- LÓPEZ RICHART, Julián: “Y el vandalismo se hizo arte”, *RIIPAC*, n.º 10/2018.
- MARTÍNEZ, Patricia, et al.: *El arte a juicio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén: “Arte, derecho y derecho al arte” *Revista Derecho del Estado* n.º 32, enero-junio de 2014, pp. 35-56.
- MCDERMOTT, Kerry: “Man ripped Banksy artwork from four-star hotel wall and put it on sale on eBay for £17,000”. Recuperado a partir de <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2187721/Banksy-theft-Man-ripped-Banksy-artwork-star-hotel-wall-sale-eBay-17-000.html> (última fecha de consulta: 26/06/2018).
- MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE: *Estadística de Asuntos Taurinos del Ministerio de Cultura y Deporte de 2018, Nota resumen*, 2018. Recuperado a partir de <http://www.culturaydeporte.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/cultura/mc/culturabase/asuntos-taurinos/resultados-asuntos-taurinos.html> (última fecha de consulta: 27/06/2019).

- MINISTERIO DE CULTURA Y DEPORTE: *Anuario de estadísticas culturales 2018. Nota resumen*, 2018. Recuperado a partir de: <https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:76bdbf8b-47f3-40c9-8b8f-562ea4f9826d/anuario-de-estadisticas-culturales-2018-nota-resumen.pdf> (última fecha de consulta 22/09/2019).
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- OLLÉ SESÉ, Manuel: “El crimen de genocidio: génesis y evolución legislativa nacional e internacional”, FIBGAR, WP 1/2015, enero de 2015.
- PENA GONZÁLEZ, Wendy: *El concepto de terrorismo*, Ratio Legis, Salamanca, 2019.
- “El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: ‘Derecho penal’ del enemigo”, *CEFLegal*, n.º 221, junio 2019, pp. 88-137.
- PÉREZ ALONSO, Esteban: *El error sobre las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PÉREZ CEPEDA, Ana I.: “La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista”, en PÉREZ CEPEDA, Ana I. y PORTILLA CONTRERAS, G., *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Salamanca, Ratio Legis, 2016, pp. 17-34.
- PÉREZ CEPEDA, Ana I. (Dir.) y RUIZ ARIAS, Miriam (Coord.): *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, 2018.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis: “La falsificación de obras de arte, ¿un problema internacional?”, en PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y LAZARI, Antonio (Coords.), *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 165 y ss.
- PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y LAZARI, Antonio (Coords.): *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PERIAGO MORANT, Juan J.: “Puertos francos: zonas de impunidad en la protección de bienes culturales”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Dra. Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 679-700.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, e Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955.
- RAMÍREZ, Juan Antonio, et al.: *Historia del arte*, Editorial SM, 2002.
- REBOLLO VARGAS, Rafael: “La portada de la revista ‘El Jueves’ ante la justicia: el heredero de la corona como ‘vago voluptuoso y codicioso’”, en RUIZ

- RODRÍGUEZ, Luis R. y RUIZ FERNÁNDEZ, M.^a J. (Dirs.), *El arte a juicio*, pp. 193-204.
- RENART GARCÍA, Felipe: “El tipo de injusto en el delito de sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”, en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y BUENO ARÚS, Francisco (Coords.), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 989-1012.
- ROLDÁN, Julio: *La ciudadanía mundial*, Editorial Tectum Wissenschaftsverlag, Baden, 2014.
- ROMERO ESCABIAS DE CARVAJAL, José: “Delitos contra la salud pública y contrabando”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2000.
- SALDARRIAGA GRISALES, Dora C.: *Comunidad indígena Arhuaca: ¿Derechos culturales, derechos epistémicos?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SÁNCHEZ, Gonzalo: “El Velázquez que sobrevivió a su robo y a un terremoto, estrella en Módena”, La Voz de Galicia, de 29 de mayo de 2015. Recuperado a partir de: <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/cultura/2015/05/29/velazquez-sobrevivio-robo-terremoto-estrella-modena/00031432919536268685327.htm> (última fecha de consulta: 22/08/2019).
- SÁNCHEZ CORDERO, Jorge: *El derecho y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- SORREL-DEJERIN, Olivia: “El robo que lanzó a la fama a la Mona Lisa”, BBC, 15 de diciembre de 2013. Recuperado a partir de: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/12/131209_mona_lisa_robada_finde (última fecha de consulta: 22/08/2019).
- Special Eurobarometer 225: *Social values, Science and Technology Fieldwork*, January – February 2005.
- Special Eurobarometer 270: *Animal Welfare Fieldwork September-October*, September – October 2006.
- SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, Juan José, et al.: *Los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: “Nuevos contornos de protección penal de la propiedad intelectual tras la reforma del CP de 2015”, en VVAA, *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 805-861.
- UNESCO: “Ayuda a detener la destrucción del patrimonio cultural en Siria e Iraq”, UNESCO. Recuperado a partir de <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/awareness-raising-initiatives/>

help-stop-the-destruction-of-cultural-heritage-in-syria-and-iraq/ (última fecha de consulta: 20/02/2019)

VELASCO, Javier: “La elefanta Dumba aterrizza en Zaragoza”, *El Heraldo de Aragón*, 10 de octubre de 2019. Recuperado a partir de <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza/fiestas-del-pilar/2019/10/01/circo-zaragoza-dumba-plaza-fiestas-del-pilar-2019-1336337.html> (última fecha de consulta: 10/01/2019).

VIVES ANTÓN, Tomás S.: *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

WOLTERS KLUWER: “Derechos de autor”, *Guías jurídicas*. Recuperado a partir de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJEWMDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAltRx2zUAAAA=WKE (última fecha de consulta: 20/08/2019).

20 MINUTOS: “Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales de la Coalición de Creadores y la Liga de Fútbol ha presentado los datos correspondientes al año 2015. Aseguran que el 87,48% de los contenidos digitales consumidos el año pasado eran ilegales, ligeramente por debajo del 87,9% en 2014”, 31 de marzo de 2016. Recuperado a partir de <https://www.20minutos.es/noticia/2710006/0/observatorio-pirateria-informe-contenidos-digitales-consumidos/> (última fecha de consulta 26/09/2019).

2. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Audiencia Nacional (Sala de lo penal, Sección 1). Sentencia n.º 62/2006, de 21 de noviembre. Ponente: Dña. Clara E. Bayarri García.

Audiencia Nacional (Sala de lo penal, Sección 1). Sentencia n.º 62/2007, de 13 de noviembre. Ponente: D. José María Vázquez Honrubia.

Audiencia Nacional (Sala de lo penal, Sección 2). Sentencia n.º 4/2017, de 21 de febrero. Ponente: Dña. Concepción Espejel Jorquera.

Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1. Sentencia n.º 185/2010, de 18 de mayo, Ponente D. Juan Luis Pía Iglesias.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15. Sentencia n.º 359/2018, de 11 junio. Ponente Dña. Ana Victoria Revuelta Iglesias.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15. Sentencia n.º 809/2018, de 17 de diciembre. Ponente Dña. María del Carmen Herrero Pérez.

Audiencia Provincial de Soria Sección 1. Sentencia n.º 35/2015, de 30 de abril.
Ponente: D. José Luis Rodríguez Greciano.

Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2. Sentencia n.º 1281/1998, de 12 de diciembre. Ponente: D. Feliciano Trebolle Fernández.

Juzgado de lo penal n.º 4, de Murcia. Sentencia n.º 222/2019, de 21 de junio.
Ponente: Dña. Isabel María Carrillo Sáez.

Sentencia Case Krstic (n.º IT-98-33-T). Tribunal Penal Internacional de Yugoslavia, Naciones Unidas, 2 de agosto de 2001.

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia n.º 159/1986, de 16 de diciembre. Ponente: Dña. Gloria Begué Cantón.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia n.º 17/1991, de 31 de enero.
Ponente D. José Gabaldón López.

Tribunal Constitucional (Sala 1). Sentencia n.º 181/1998, de 17 de septiembre. Ponente D. Pablo García Manzano.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia n.º 235/2007, de 7 de noviembre.
Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia n.º 23/2010, de 27 de abril.
Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia n.º 122/2014, de 17 de julio.
Ponente D. Juan José González Rivas.

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia n.º 112/2016, de 20 de junio. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia n.º 177/2016, de 25 de noviembre.
Ponente: Dña. Encarnación Roca Trías.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia n.º 134/2018, de 13 de diciembre.
Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 1593/2001, de 23 de octubre. Ponente D. Diego Ramos Gancedo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 654/2004, de 25 de mayo.
Ponente: D. Joaquín Delgado García.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 656/2007, de 17 de julio.
Ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 224/2010, de 3 de marzo.
Ponente: D. Joaquín Giménez García.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 180/2012, de 14 de marzo.
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 587/2013, de 28 de abril.
Ponente: D. José Manuel Maza Martín.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 106/2015, de 19 de febrero. Ponente: D. Joaquín Giménez García.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 623/2016, de 13 de julio.
Ponente: D. Julián Artemio Sánchez Melgar.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 4/2017, de 18 de enero.
Ponente: D. Manuel Marchena Gómez.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 79/2018, de 15 de febrero.
Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia n.º 95/2018, de 26 de febrero.
Ponente: D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

3. REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución Española, 1931.

Constitución Española, 1978.

Convención de Nueva York de 1948 para la prevención y la represión del crimen de genocidio.

Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

Ley relativa al Patrimonio Artístico Nacional, de 25 de mayo de 1933.

Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 de abril.

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Ley 10/2015, de 28 de mayo, para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Real Decreto-Ley 2/2018, de 13 de abril, que modifica el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Arte, justicia transicional y derechos
humanos en Colombia. *Bocas de ceniza*
y *La guerra que no hemos visto*
de Juan Manuel Echavarría¹

Art, transitional justice and human rights in Colombia.
Bocas de ceniza and La guerra que no hemos visto
by Juan Manuel Echavarría

YOLANDA SIERRA LEÓN

Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. *BOCAS DE CENIZA Y LA GUERRA QUE NO HEMOS VISTO*. 1. Bocas de Ceniza. 1.1. Las tradiciones afrocolombianas en *Bocas de Ceniza*. 1.2. Bajo Atrato, Chocó. 1.3. Dos Hermanos. 2. La Guerra Que No Hemos Visto. 3. “El corazón” de Henry. 4. “Sin rastro” de John Gerardo. III. CONSTITUCIONALISMO TRANSICIONAL ESTÉTICO. 1. *Litigio estético*. 2. *Litigio artístico*. 3. *Garantía de no repetición*. 4. *Inclusión del arte como medio de prueba*. 5. *Emancipación estética del Estado*. 6. *Reparación simbólica a través del arte*. 7. *Mecanismo de remoción de estereotipos sociales*. IV. BIBLIOGRAFÍA.

1. Trabajo presentado a la VI edición del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte y seleccionado por el Jurado para su publicación (N. del E.).

Resumen

Este texto pretende identificar la función del arte en el conflicto armado colombiano. Determinando cuál es el papel del arte para afrontar ese universo de violencia generalizada y, si tiene algún rol, cuáles son sus características, por ello, se propone como respuesta el *constitucionalismo transicional estético*, analizándose en dos procesos transicionales de los últimos 15 años en Colombia, realizados con grupos al margen de la ley.

No cualquier manifestación estética o artística funciona y contribuye al Constitucionalismo Transicional Estético, debe reunir ciertas características intrínsecas y metodológicas que permita incluirla en dicho marco teórico.

Con tal fin, se estudiarán dos obras: *Bocas de ceniza* y *La guerra que no hemos visto*, realizadas por la Fundación Puntos de Encuentro, bajo la coordinación del artista colombiano Juan Manuel Echavarría.

Palabras clave

Constitucionalismo transicional estético, Arte, Estética, Litigio artístico, Litigio estético, Conflicto armado colombiano, Justicia transicional.

Abstract

This text tries to identify the function of art in the Colombian armed conflict. Determining what the role of art is to face this universe of generalized violence and, if it has any role, what are its characteristics; for this reason, the Aesthetic Transitional Constitutionalism is proposed as an answer, being analyzed in two transitional processes of the last 15 years in Colombia, made with groups outside the law.

Not any aesthetic or artistic manifestation works and contributes to Aesthetic Transitional Constitutionalism, they must meet certain intrinsic and methodological characteristics that allow them to be included in said theoretical framework.

To this end, two works will be studied: *Ash mouths* and *The war we have not seen* by the Meeting Points Foundation, under the coordination of the Colombian artist Juan Manuel Echavarría.

Keywords

Aesthetic Transitional Constitutionalism, Art, Aesthetics, Artistic Litigation, Aesthetic Litigation, Colombian Armed Conflict, Transitional Justice.

I. INTRODUCCIÓN

Colombia ha sufrido un intenso y desgarrador conflicto armado interno. El país tiene la dolorosa cifra de 8.400.000 víctimas en el periodo de 1985 a 2019;

83.000 personas desaparecidas, millones de desplazadas, miles de asesinadas. Las torturas crueles y despiadadas han estado presentes de manera intensa por más de 40 años. Los campesinos se han visto obligados a abandonar o a sufrir el despojo forzado de sus tierras. El terrorismo, los atentados, hostigamientos, amenazas y confinamientos son un síntoma naturalizado de la historia. Las mujeres y los niños, en particular, siguen siendo víctimas cotidianas de exclusión y tratos degradantes y crueles a su libertad e integridad sexual. Este dolor pervive en la vida cotidiana y se ha intensificado con el conflicto armado.¹

En este panorama, nos convoca una pregunta: ¿el arte tiene algún papel para afrontar ese universo de violencia generalizada? Y si lo tiene, ¿cuál es este papel y cuáles serían sus características? El presente texto propone como respuesta *el constitucionalismo transicional estético* propuesto por Yolanda SIERRA LEÓN en varios de sus textos.

El uso del constitucionalismo transicional estético se vislumbra, aunque de manera dispersa e incoherente, en dos procesos transicionales de los últimos 15 años en Colombia, realizados con grupos al margen de la ley, acusados de graves y masivas violaciones a los derechos humanos, a saber: i) el proceso de *Justicia y Paz*, que se concretó en la Ley 975 de 2005, centrado en los grupos paramilitares; y ii) el acuerdo de paz firmado el 24 de noviembre² de 2016, por el Presidente de la República con la guerrilla Fuerza Armada Revolucionaria de Colombia Ejército del Pueblo, FARC-EP, fundada en 1964.

El desarrollo jurisprudencial, reglamentario y legislativo de estos dos procesos transicionales constituyen un *corpus iuris* en materia de Arte y Derecho, que constituye un aporte de Colombia a uno de los objetivos fundamentales de la justicia transicional: la no repetición de delitos innombrables, por su nivel de crueldad metódica y generalizada.

De otra parte, es preciso advertir que las obras de arte, por sí mismas, no contribuyen al cumplimiento pleno del constitucionalismo transicional estético. Es preciso que reúnan ciertas características intrínsecas y metodológicas que permita incluirlas en dicho marco teórico. Con tal fin, se estudiarán dos obras de arte contemporáneo tituladas *Bocas de ceniza* y *La guerra que no hemos visto*, realizadas por la Fundación Puntos de Encuentro, bajo la coordinación del artista colombiano Juan Manuel Echavarría, que constituyen un prototipo para reflexionar sobre el papel del arte y los derechos humanos en el marco de lo que llama SIERRA LEÓN, el constitucionalismo transicional estético.

2. Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, “Registro Único de Víctimas (RUV)”, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, acceso el 11 de septiembre de 2019 (fecha de corte del 1 de agosto de 2019), <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>.

II. *BOCAS DE CENIZA Y LA GUERRA QUE NO HEMOS VISTO*

1. *BOCAS DE CENIZA*

*Bocas de ceniza*³ (2002) es un video de 18 minutos del artista colombiano Juan Manuel Echavarría. Seis hombres y una mujer cantan letras compuestas por ellos mismos mientras miran a la cámara que se mantiene en un plano fijo. Se trata de siete testimonios de sobrevivientes de masacres en Colombia, quienes a través de sus voces consiguen transmitir parte de sus historias y ofrecer al espectador un ejercicio de escucha. En este sentido, el patrimonio cultural, el folclor y la cultura propia de cada uno de los participantes ofrecen una experiencia envolvente y conmovedora. Lo cual se aprecia en la fuerza de las letras, las secuencias del video y los silencios en donde se contempla el rostro de una víctima del conflicto, quien a través de su voz ofrece un acto de memoria y resistencia. Según Echavarría “el concepto era muy sencillo: los ojos como espejos del alma. Busco que mi obra no deje de tener una temperatura emocional”⁴, de esta forma se establece un vínculo con el espectador que, tras escuchar la canción de cada uno de los participantes de la obra, se encuentra con un rostro triste que da cuenta del horror de la guerra.

Bocas de ceniza marca el final de un giro definitivo en la producción audiovisual de Echavarría. Este movimiento se inició con *La María* (2000) y se puede seguir en la mayor parte de su trabajo hasta el 2019. Si bien, su producción de los noventa plantea una preocupación por problemas sociales de diferente índole, sus trabajos a partir de la década del 2000 buscan comprender la realidad a través de un proceso de investigación más cercano con los actores del conflicto armado en Colombia. El artista convierte al otro en un actor dinámico en la producción de sus obras, consolidando una plataforma que incita a quienes asisten a sus exposiciones a tomar una postura frente a realidades que pasan desapercibidas para la mayoría y son redescubiertas por un peregrinaje hecho por Echavarría y su equipo de la Fundación Puntos de Encuentro, en diferentes zonas del país en donde el artista ha establecido relaciones estrechas con muchos de los protagonistas de su trabajo.

Bocas de ceniza surge de un hallazgo fortuito de Echavarría al escuchar a Dorismel Hernández, un sobreviviente de una masacre en el departamento del Magdalena. Su historia y la letra de la canción impresionaron al artista, quien le habló de su obra a Hernández y le pidió permiso para filmarlo al tiempo que iniciaron una amistad:

3. Juan Manuel Echavarría, “Bocas de Ceniza”, cortometraje rodado en 2002, video en Vimeo, 18:15, acceso el 24 de agosto de 2019, <https://vimeo.com/103073808>.

4. Laurel REUTER, “Una conversación: Juan Manuel Echavarría y Laurel Reuter”, en *Juan Manuel Echavarría: bocas de ceniza. Juan Manuel Echavarría: mouths of ash*, (Milano, Charta, 2005), p. 33.

“Sentí que Dorismel no podía ser un caso aislado. Otros también debían estar componiendo sus canciones sobre la violencia. Fue una intuición que resultó ser correcta. En Simposios afro-colombianos, en festivales en la región del Chocó, conocí a la mayoría de los otros cantantes y cada uno de ellos me traía a otro cantante⁵”.

De esta forma, Echavarría inicia una investigación de búsqueda de personas que, a través de su voz, hablaran de vivencias asociadas a la violencia en Colombia. Es de resaltar su interés por el Chocó, una zona descuidada por el Estado y epicentro de episodios terribles para la historia reciente del país. Sin embargo, es también una zona de personas de una cultura ancestral, la cual se mantiene a pesar de los problemas sociales vividos en una zona rica en biodiversidad y recursos naturales, la cual ha despertado intereses particulares que van en contravía de sus habitantes, principalmente afrodescendientes e indígenas.

Durante el proceso de exploración de los posibles cantantes para *Bocas de ceniza* Echavarría se encontró con decenas de artistas, por lo cual fue necesario un proceso de selección para la obra:

“No era una cuestión de desechar. Simplemente no podía entablar una relación con todos ellos. No podía filmarlos y después largarme. Estos cantantes que filmé, me conmovieron. Estoy involucrado con sus vidas, en sus proyectos personales. Hablamos por teléfono. Nos vemos. Conozco a sus familias y me he asegurado de que sepan dónde están siendo exhibidas sus canciones. He aprendido muchas cosas sobre esta guerra a través de sus historias⁶”.

Si bien la obra se compone de siete cantos, es posible distinguir una sección autónoma, *Dos hermanos*, en la cual se destaca la tradición del juglar vallenato, una fuerte tradición en el departamento de origen de los hermanos Hernández, el Magdalena. Los cinco protagonistas restantes que completan los registros de *Bocas de ceniza* provienen del Chocó y en sus cantos se puede reconocer una fuerte tradición de arrullos y alabados. La tradición, sumada a una serie de prácticas rituales en torno a la muerte, le confiere a su canto un carácter luctuoso y forma parte del proceso de duelo para que los participantes se despidan de sus familiares, amigos, vecinos y conocidos desaparecidos en los hechos violentos que provocaron su desplazamiento.

Los cantos no buscan algún tipo de venganza o guardan resentimiento frente a los hechos descritos, pero sí asumen una posición crítica ante la posición del Estado y las figuras de autoridad. Además, representan un acto de memoria y ofrecen un aire de esperanza frente al país. A través del registro

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*

audiovisual, se muestran lugares olvidados y una aproximación a la realidad de miles de colombianos. Estas personas, cuyas canciones no escuchamos y cuyos rostros no vemos, nos podrían ayudar a comprender mejor la sociedad.

La fuerza de esta obra radica en la capacidad del patrimonio cultural como mecanismo para tramitar colectivamente el dolor y el sufrimiento de la guerra. Desde esta perspectiva el artista Echavarría, parte del litigio estético⁷ de las víctimas y de sus cantos. Esta forma de litigar derechos a partir de la cultura ancestral es un mecanismo de lucha para demandar derechos, denunciar violaciones, argumentar sobre situaciones indeseables, mostrar la verdad de la pobreza, el aislamiento y la responsabilidad de los gobernantes, a través de la cultura ancestral que cohesiona generaciones, géneros, partidos o religiones.

Bocas de ceniza es una obra para encarar el dolor de la guerra a través del patrimonio cultural, que entrelaza cuatro universos culturales: (i) las tradiciones afrocolombianas (ii) el territorio del Bajo Atrato en el departamento del Chocó; y (iii) la gente como los Dos Hermanos.

1.1. Las tradiciones afrocolombianas en *Bocas de Ceniza*

Las tradiciones ancestrales afrocolombianas se conservan en muchos lugares pese a los procesos de modernización y desarraigo producido por el conflicto armado. La música forma parte esencial de muchas de estas prácticas. Los arrullos, los alabados y otro tipo de música y sonidos, forman parte del tejido diario de los pueblos afro de Colombia.

“Son cantos de alabanza y exaltación que se interpretan a capela cuando se trata de velorios, novenas y últimas noches de un difunto, o con acompañamiento musical para las celebraciones en honor a los santos patronos”⁸.

Lo ancestral se ve enriquecido por los eventos locales, con los cuales se va alimentando la tradición oral, no se trata de un cuerpo homogéneo y cada pueblo posee sus propias prácticas.

Sin duda, los rituales más afectados por el conflicto armado son los asociados a la muerte. Desde los momentos finales de la persona, *“la agonía desencadena los ritos que permiten manejar y aliviar el dolor, y las acciones de solidaridad colectiva: en comunidades como las del Baudó, con ellos se reafirman vínculos*

7. Litigio estético es un concepto acuñado por Yolanda SIERRA LEÓN, en el texto *El concepto de Litigio Estético*, publicado en 2015, por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, en la Serie Documentos de Trabajo n.º 83, www.icrp.uexternado.edu.co/.

8. Museo Nacional de Colombia, *Velorios y santos vivos: comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras* (Bogotá, Museo Nacional de Colombia, 2008), p. 24.

*interétnicos, como los de la amistad y compadrazgo entre afrocolombianos e indígenas Embera*⁹. La pérdida de un rito fúnebre constituye una tragedia, una pérdida dolorosa para las familias que no logran asumir el cuerpo de sus familiares y sus amigos adecuadamente, porque tras la muerte se compromete el descanso eterno del alma, y “*el dolor y la impotencia individual no son fáciles de verbalizar ante desconocidos*”¹⁰. Por lo tanto:

“Los dolientes no pueden completar el rito fúnebre sin cuerpo, por eso, la gente adolorida mira al mar, su consuelo y no permite a sus dolientes descansar. Así lo viven las comunidades negras del Pacífico, que arrastran su memoria africana. El crimen es doble: es una muerte inconclusa y siempre abierta. El muerto es un cuerpo presente que no vuelve a estar”¹¹.

En *Bocas de ceniza*, los cantos cumplen una función de duelo por parte de los protagonistas, forman parte de una tradición más grande, que subsana los rituales funerarios interrumpidos.

1.2. Bajo Atrato, Chocó

El Bajo Atrato es una región ubicada entre los departamentos de Chocó y Antioquía, y comprende los municipios de Apartadó, Chigorodó, Turbo, Carepa, Riosucio y Carmen del Darien. La cercanía a la frontera con Panamá y la salida al mar convierten a la zona en un lugar de paso para grupos al margen de la ley. Grupos paramilitares como el Clan del Golfo, o grupos guerrilleros como el Ejército de Liberación Nacional mantienen disputas por el control territorial.

El desplazamiento de las comunidades que habitan la zona se ha presentado desde hace décadas y es una consecuencia de los intereses de sectores privados en la explotación de palma de aceite, el paso irregular de migrantes y el tráfico de drogas y armas. Algunas empresas mantienen tratos con los grupos paramilitares para apropiarse de territorios que les permitan expandir sus negocios¹². Pese a los problemas de seguridad que ofrece el lugar, es el asentamiento de comunidades indígenas y afrodescendientes.

El canto de Rafael Moreno inicia como un reclamo a la presencia del Estado, preguntándole al presidente sobre la manera en la que dirige el país

9. *Ibid.*, p. 26.

10. *Ibid.*, p. 28.

11. *Ibid.*, p. 100.

12. Verdad Abierta, “Situación de vulnerabilidad de líderes del Bajo Atrato se ha exacerbado.”, Verdad Abierta, acceso el 28 de julio de 2019, <https://verdadabierta.com/situacion-vulnerabilidad-lideres-del-atrato-se-ha-exacerbado/>.

ante el terror de la violencia por la que él mismo ha pasado. Además, narra incidentes de los que fue testigo.

El Bajo Atrato mantiene una condición humanitaria difícil, la disputa por el control territorial de la zona ha puesto en riesgo a líderes sociales, quienes adelantan procesos de restitución de tierras.

1.3. Dos Hermanos

El 10 de febrero del 2000, un grupo de paramilitares pertenecientes al Bloque Norte de la Autodefensas Unidas de Colombia se tomó el pueblo de Trojas de Cataca, también conocido como Bocas de Aracataca. Se trataba de una acción que buscaba disminuir el poder de las guerrillas de las FARC y el ELN en la zona, como represalia del secuestro cometido por este último grupo armado, en la Ciénaga del Torno el 6 de junio de 1999, a miembros de un club de pesca entre los que se encontraban personas vinculadas a la clase dirigente de Barranquilla¹³. Las mujeres y niños fueron confinados en sus casas, mientras los hombres de la comunidad fueron separados del resto de la población, encerrados en la capilla del pueblo, y se seleccionaron algunos para ser interrogados sobre su posible apoyo a los grupos guerrilleros¹⁴. Después de ser torturados, los interrogados fueron asesinados, con lo cual se inició un desplazamiento masivo de los miembros de la comunidad a zonas aledañas y el lugar se convirtió en un pueblo fantasma.

Uno de los intereses del grupo paramilitar era consolidar un proyecto de control territorial que les permitiera dominar el norte del país a través de alianzas con los sectores políticos, económicos y militares de la región, estableciendo un control absoluto y garantizando un acceso a recursos para mantener su empresa y obligar a los grupos guerrilleros a replegarse a la Sierra Nevada de Santa Marta¹⁵. La ubicación geográfica de Bocas de Aracataca y la ausencia del Estado lo hacían un lugar estratégico para el tráfico de drogas, y el transporte de armas y de secuestrados¹⁶.

13. Centro Nacional de Memoria Histórica, *Los pueblos palafitos: “Ese día la violencia llegó por canoa...”*. *Memorias de un retorno: caso de las poblaciones palafíticas del complejo lagunar Ciénaga Grande de Santa Marta* (Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014), p. 122.

14. Verdad Abierta, “Trojas de Cataca – la ciénaga que agoniza”, documental publicado en 2010, 7:50, acceso el 28 de julio de 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=fFTVdQM1-cU>.

15. Centro Nacional de Memoria Histórica, *Los pueblos palafitos*, cit., pp. 113-114.

16. Verdad Abierta, “El regreso: el caso de Ciénaga Grande en Magdalena”, Centro Nacional de Memoria Histórica, acceso el 28 de julio de 2019, <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/informes/publicaciones-por-ano/2014/ese-dia-la-violencia-llego-en-canoa>.

Algunos de los sobrevivientes se trasladaron a los pueblos cercanos de Buenavista y Nueva Venecia, lugares donde eventualmente se realizaron más acciones por parte del Bloque Norte. Los problemas de seguridad obligaron a sus habitantes a desplazarse a diferentes ciudades en busca de mejores condiciones de vida. Sin embargo, la falta de oportunidades y las dificultades para establecerse en un contexto urbano llevaron a muchos desplazados a retornar a sus pueblos, proceso realizado sin la mediación del Estado. Los lugares mencionados comparten una característica particular, son pueblos palafíticos, es decir, están contruidos sobre la ciénaga y sus habitantes viven principalmente de la pesca y oficios asociados. Por lo anterior, el retorno a sus territorios ha sido algo inevitable, puesto que en la ciudad no se podían establecer en oficios similares a los que se habían dedicado toda su vida¹⁷.

A pesar del regreso de muchas familias a Buenavista y Nueva Venecia, Bocas de Aracataca no se ha recuperado de la masacre y el manglar ha crecido sobre los edificios abandonados. A lo anterior se suma la llegada y apropiación de terrenos por parte de empresas agrícolas y ganaderas, así como las amenazas a víctimas reclamantes de sus tierras¹⁸. Algunas familias se han establecido en el lugar y se resisten a las dinámicas establecidas después de la masacre.

Dos sobrevivientes de la masacre fueron los hermanos Nacer y Dorismel Hernández, y la sensación causada por la letra de la canción dio origen a *Bocas de ceniza*. Se trata de dos composiciones de gratitud, de carácter principalmente religioso, dan cuenta de las súplicas, de la masacre y del compromiso con la vida. La mención a la masacre en ambos casos es breve, y la descripción de lo que sintieron ese día queda plasmada en la letra de su canción y en sus rostros. Resulta impresionante la mirada y los gestos de cada uno. Por una parte, Nacer Hernández canta:

*“...Pero un hijo del diablo nos acusó
Aaaay... diciendo que éramos guerrilleros
Como para ganar honor¹⁹”.*

Y, por otra parte, Dorismel Hernández canta:

*“Cuando yo estaba esposado, estaba atado
Te pedí por mi hermano y por mí...”*

17. *Ibid.*

18. Juan Pablo Sarmiento, “Justicia transicional sin transición El caso de la masacre de Nueva Venecia”, *Co-herencia* 13, n. 24 (enero-junio 2016).

19. Echavarría, “Bocas de Ceniza”.

*Y en ese momento me estabas escuchando
 Y eso es lo que me tiene tan feliz.
 Aaaaay... cuando estaban masacrando, Que estaban matando...
 Sentía ganas de llorar
 Sólo te pedía a ti, mi Dios del cielo
 Que nos salvara y no nos pasara nada²⁰”.*

En ambos casos, los cantos constituyen una acción de pago por los favores recibidos. Resulta difícil pensar en una situación más difícil para una persona que el ver que la continuidad de la vida de un familiar y la propia están en las manos de otra persona, sin la mediación de la razón y el uso del terror como estrategia para amedrentar al resto de la población. Sin embargo, el valor de la religión como un refugio para los sobrevivientes es incuestionable en contextos en donde la población no cuenta con más acompañamiento que la fe en sus creencias.

En Bocas de ceniza se conjugan dos maneras culturales de lucha a favor de los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado: la del arte y el artista Echavarría, y la del patrimonio cultural y la comunidad. De aquí que este video es una forma de litigio artístico y una forma de litigio estético, en el sentido de la lucha social, que, si bien no reemplazan los litigios judiciales, sí los complementan, los abonan, y sobre todo mantienen vivas las esperanzas de los dolientes, frente a una justicia lenta y en muchos casos indolente e ineficaz.

2. LA GUERRA QUE NO HEMOS VISTO

Durante el primer mandato presidencial de Álvaro Uribe Vélez (2002–2006) se realizaron conversaciones con grupos ilegales, que generaron procesos masivos de desmovilización de grupos paramilitares y de otras organizaciones:

“Por lo tanto, y de acuerdo con los tratados internacionales suscritos por Colombia, era necesaria una nueva ley que facilitara la incorporación individual o colectiva a la vida civil de criminales, políticos o no, que estuvieran implicados en crímenes de lesa humanidad, y que, al mismo tiempo, garantizara los derechos de las víctimas sin someter al “perdón y el olvido” las graves violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra y delitos contra el Derecho Internacional Humanitario por ellos cometidos²¹”.

20. *Ibid.*

21. Centro Nacional de Memoria Histórica, *Justicia y Paz ¿Verdad Judicial o verdad histórica?* (Bogotá, Taurus, 2012), p. 36.

Ante este regreso a la vida civil, se expidió la ley de *Justicia y Paz*, un proceso de justicia transicional implementado en Colombia a través de la Ley 975 de 25 de junio de 2005, para responder a las necesidades de verdad, justicia, reparación y no repetición. Con esto, se quiso cerrar un episodio del conflicto armado en el país. El proyecto convocó a víctimas, responsables de los delitos y al país en general, y su implementación ha estado rodeado de dudas y críticas^{22 21}. Dada la magnitud de personas que se han sometido a la ley y las víctimas que han acudido a presentar sus casos, los resultados concretos no se han terminado y los testimonios de los grupos armados que participaron en delitos de lesa humanidad no ha conseguido apaciguar el dolor de las familias que esperan una reparación y siguen buscando a sus seres queridos desaparecidos.

La obra artística de Juan Manuel Echavarría representa una plataforma que genera espacios de reflexión sobre diferentes puntos de vista del conflicto armado en el país. Su producción plástica establece un puente entre la realidad y la indiferencia frente a distintos problemas sociales, a través de estrategias estéticas, museográficas, pedagógicas e investigativas. En el caso de *La guerra que no hemos visto*, ofrece un punto de vista poco conocido, el del responsable de los delitos, o Postulado como se llama en la ley. Esta obra hace un llamado para comprender el problema de la guerra a partir del reconocimiento del otro y de la conciencia de relatos silenciados. El arte consigue sacar a la luz, a través de la pintura, aquello que no se pudo contar con palabras.

La inspiración del proyecto *La guerra que no hemos visto* resultó de la visita que realizó Juan Manuel Echavarría a inicios de 2007 a una exposición en la Casa Cultural de la Ceja, Antioquia. La muestra reunía pinturas realizadas por víctimas de la violencia y paramilitares desmovilizados en el marco de la ley de *Justicia y Paz*. El artista buscó entonces responder a una inquietud personal: ¿cuál es el punto de vista del victimario frente al conflicto armado colombiano?²³ Dicha mirada lo llevo a buscar otras versiones de excombatientes en orillas distintas del conflicto armado del país: Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), Ejército de Colombia y mujeres pertenecientes a estos grupos (principalmente a las FARC-EP). Sin embargo, no se trataba de una apología a las figuras destacadas de la guerra, sino que se buscaba conocer las historias de combatientes rasos,

22. Verdad Abierta, “Justicia y Paz: lecciones aprendidas en 10 años”, Verdad Abierta, acceso el 10 de abril de 2019, <https://verdadabierta.com/justicia-y-paz-lecciones-aprendidas-en-10-anos/>.

23. Juan Manuel Echavarría y Ana Tiscornia, “Sacando la Guerra de la abstracción. Conversación entre Ana Tiscornia y Juan Manuel Echavarría”, *La Guerra Que no Hemos Visto*, acceso el 24 de septiembre de 2019, http://www.laguerraquenohemosvisto.com/espanol/ensayo_tiscornia-echavarria.html; Fundación puntos de Encuentro, *La guerra que no hemos visto: un proyecto de memoria histórica/The war we have not seen: a historical memory Project*. (Bogotá, Fundación Puntos de Encuentro, 2009), p. 32.

cuya voz está silenciada por la historia oficial, por las versiones establecidas por la cadena de mando, por el miedo a las consecuencias legales o por el olvido a hechos que resultan dolorosos²⁴.

El proyecto fue financiado por la Fundación Puntos de Encuentro, organización sin ánimo de lucro, fundada por el artista en el año 2006 para apoyar iniciativas desde tres campos de acción específicos: arte y memoria, actividades de desarrollo social y programas de apoyos educativos²⁵. De esta forma, *La guerra que no hemos visto* buscó estimular procesos de memoria histórica a través del arte, fomentando una dinámica en apariencia simple pero efectiva: no juzgar y promover un espacio de conversación y confianza entre los asistentes.

Fue así como entre 2007 y 2009 se realizaron cuatro talleres de pintura con la participación de ochenta excombatientes y tres talleristas: Fernando Grisález, Noel Palacios y Juan Manuel Echavarría. Como resultado se obtuvieron más de 480 pinturas, algunas de las cuales han formado parte de exposiciones nacionales e internacionales, como museos, galerías y espacios universitarios, lugares de naturaleza distinta a los espacios artísticos, museales o de galerías, pero también alejados de los entornos judiciales.

No se trató de un proceso sencillo, debido a la resistencia que muchos de los participantes sentían, la desconfianza hacia el ejercicio y la duda sobre la actividad planteada. Las primeras sesiones de los talleres consistieron en pinturas de animales, paisajes y episodios significativos de los participantes. Después de varias sesiones, se inició de manera espontánea la construcción de obras íntimamente relacionadas con la experiencia de la guerra. Al mismo tiempo se estableció una relación cada vez más cercana entre los talleristas y los participantes. Se buscó en todo momento invitar a los pintores a contar la verdad para que las personas distantes del conflicto se pudieran hacer a una imagen del mismo, a partir de las historias plasmadas en sus dibujos.

El propósito de los talleres no fue enseñar una técnica de pintura específica, sino proveer las herramientas y materiales necesarios para que cada uno de los participantes representara y expresara sus recuerdos y sentimientos sobre la guerra. Se trató de un ejercicio de escuchar y ser escuchados, resaltando el valor de sus memorias para que otras personas pudieran conocer el conflicto armado en el país a través de imágenes. Los talleristas fueron testigos de la creación de decenas de rompecabezas en piezas de madera de 50 por 35 centímetros que se iban agregando según la necesidad de cada participante.

24. Fernando GRISÁLEZ, “La guerra que no hemos visto. Un proyecto de memoria histórica, 2007-2009”, en Juan Manuel Echavarría, *Juan Manuel Echavarría* (París, Toluca Éditions, 2018).

25. Para más información sobre los proyectos de la Fundación Puntos de Encuentro, véase Fundación Puntos de Encuentro, “Acerca de”, Fundación Puntos de Encuentro, acceso el 20 de febrero de 2019, <http://fundacionpuntosdeencuentro.org/acera-de/>.

A través de materiales sencillos como lápices, borradores, pinceles y pinturas se fueron configurando escenas de la guerra que cada uno había vivido. Así, por medio de dibujos recrearon imágenes que les habían causado dolor y de las cuales no habían hablado o recordado en mucho tiempo:

“Lo que opera en las obras entendidas como dispositivos de activación del habla es una inversión del orden basado en una distribución jerárquica de los lugares y las funciones. La política de la estética consiste en quebrar la identificación naturalizada de unos cuerpos con respecto a unos equipamientos y unas competencias: que quienes estaban destinados al combate se expongan públicamente con lo que hacen con pinceles²⁶”.

En este orden de ideas, la plataforma creada por Echavarría estimula procesos de activación del habla que de otra forma estarían silenciados por el miedo a ser juzgados socialmente o a sufrir nuevas responsabilidades penales ante los hechos delictivos cometidos. El dibujo es, en este contexto, un medio contra el olvido y contra el silencio deliberado. Las imágenes en *La guerra que no hemos visto* aportan testimonios de forma voluntaria, dan cuenta de visiones particulares de escenas del conflicto armado desconocidas y consiguen sensibilizar a los espectadores sobre el horror, por medio de episodios que presentan lugares, personajes, víctimas, crímenes y realidades a las que no se podría acceder de otra manera.

En *La guerra que no hemos visto* reside un mundo de crudeza y honestidad de las imágenes, las cuales revelan realidades incómodas e invitan a conocer, a través de un punto de vista inesperado, un conflicto que se ha concentrado en lugares apartados de las ciudades.

Echavarría ofrece una plataforma que facilita un proceso de reflexión sobre un país desconocido para sí mismo y para el mundo exterior; la experiencia museográfica le ha permitido replicar su propio aprendizaje con personas alejadas del conflicto.

Cada obra desarma la indiferencia del espectador distante de la guerra, al presentar una estética sencilla y aparentemente ingenua en lugares de exhibición destinados a grandes nombres, los museos y las galerías.

El acto de hablar, algo tan natural en la vida cotidiana, es la condición fundamental en un proceso judicial, no obstante, se torna una pesadilla cuando se trata de confesar crímenes atroces e innombrables. Este proceso humano de comunicación surgió de manera natural en el desarrollo de los talleres y fue quedando plasmado en pinturas²⁷.

26. Elkin RUBIANO PINILLA, “La guerra que no hemos visto’ y la activación del habla”, *Estudios filosóficos*, n. 58 (julio-diciembre de 2018), p. 91.

27. Álvaro MEDINA, “Confesiones pintadas y autoría en dos niveles”, en Fundación Puntos de Encuentro, *La guerra que no hemos visto: un proyecto de memoria histórica/The war we*

Otro de los elementos que descubrió Echavarría y su equipo, durante el desarrollo de los talleres, fueron lugares remotos y desconocidos de Colombia, de donde procedían muchos de los excombatientes, su origen campesino, parajes extraños del sur del país, en una Colombia profunda y abandonada en departamentos como Putumayo, Nariño y Caquetá. Esta realidad se evidencia en las pinturas, en donde la naturaleza sirve de telón para los hechos narrados, en el dibujo de los ríos, los colores verdes y azules están presentes en la mayoría de pinturas, y se mezclan con otros, en especial el rojo, que alude a escenas de violencia explícita y dan cuenta de su participación como testigos o actores de graves violaciones a los derechos humanos, tales como torturas, homicidios, masacres y desapariciones²⁸.

De esta manera, el trabajo de Echavarría no solo visibiliza el horror de la guerra, sino que resucita una geografía olvidada por el miedo o por las luchas de poder que la hacen inaccesible para el resto del país. Esta lógica de redescubrimiento ofrece una mirada esperanzadora en medio de las escenas de enfrentamientos, torturas y muerte. Esta conciencia del trasfondo que acompaña estos paisajes constituyen un dispositivo de memoria, un insumo fundamental para acercar a la sociedad a una realidad distante.

Cada pintura presenta una estética semejante a un rompecabezas, donde los colores son aplicados de forma plana, hay una ausencia de vacíos y se aprovecha hasta el último rincón de las tablas de madera que conforman cada obra. Las perspectivas no son exactas, la presencia de paisajes como un elemento preponderante y el recurso a una dinámica particular, transportan al espectador, le plantean una idea de las secuencias de hechos inéditos desde la mirada de testigos directos o victimarios.

Según Gonzalo Sánchez, las pinturas de *La guerra que no hemos visto* constituyen relatos de los actores excluidos de las versiones oficiales y constituyen visiones poco conocidas del conflicto armado colombiano. No buscan establecer una mirada global del conflicto, sino exhibir fragmentos para considerar el problema en perspectiva. De esta forma, se constituye como una propuesta que invita a los espectadores a replantear su propia narrativa del conflicto armado a partir de las imágenes producidas por los excombatientes.

Las exhibiciones de las pinturas de los excombatientes invitan al espectador a asumir una posición. Para llevar el punto de vista plasmado en las

have not seen: a historical memory project (Bogotá, Fundación Puntos de Encuentro, 2009), p. 68.

28. *Ibid.*

pinturas por los excombatientes, Echavarría ha presentado en museos y galerías la muestra, sin la intención de buscar legitimación por parte de la crítica o el medio artístico. Se puede reconocer un fin social y pedagógico al ofrecer espacios que invitan a un ejercicio de memoria y empatía frente a la realidad de un otro, pero también al reflexionar a partir de los testimonios que nos acercan a una mejor comprensión de la realidad del país.

Las exhibiciones no constituyen una muestra itinerante convencional, las muestras han ido mutando y su relación con los espectadores se ha ido transformando, pues se agregan piezas que generan un contexto más completo. Algunos textos y videos complementan las muestras, otorgándoles información que las potencia y ayudan a contrastar la pintura con el paisaje que la inspiró. De esta manera, se reafirma su carácter testimonial.

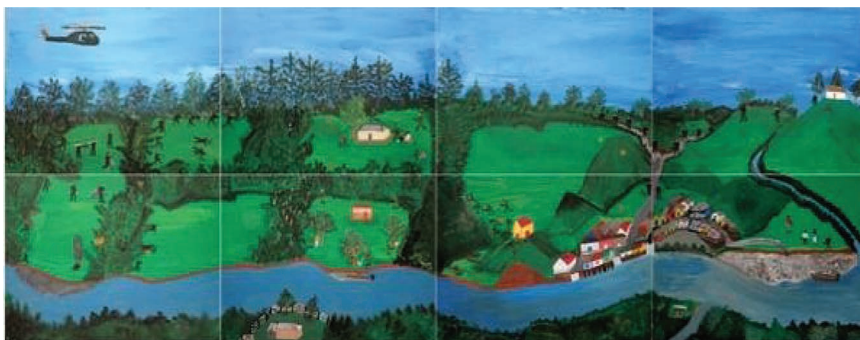
Es así como en la exposición *Ríos y silencios* (2017–2018), en el Museo de Arte Moderno de Bogotá y en la Universidad de Nariño en Pasto (2018)²⁹, se contó con la participación de algunos de los excombatientes que hicieron parte de los talleres, quienes sirvieron como mediadores de la muestra, lo cual motivó variadas conversaciones entre los espectadores y la obra, al conocer detalles de las pinturas de primera mano y conocer detalles desconocidos de las historias del proceso, la pintura y de la guerra misma. Así, *La guerra que no hemos visto* genera puentes de diálogo entre diferentes actores del conflicto armado y el espectador, ajeno a las realidades exhibidas.

Sin embargo, dado el valor testimonial de las obras y su valor probatorio, Juan Manuel Echavarría, los demás talleristas y los participantes de los talleres tomaron la decisión de no compartir los nombres de estos últimos en los años siguientes, para protegerlos de las posibles consecuencias que tendrían por parte de sus enemigos políticos. Esta realidad se ha ido transformando con el tiempo, en algunas exposiciones se han recurrido a nuevos medios para complementar el peso de las imágenes: videos, grabaciones de los relatos de los pintores y textos. Asimismo, algunas de las obras han ido revelando la identidad de sus autores, ya sean responsables de los delitos o testigos, a medida que las condiciones de seguridad han mejorado.

29. Para más información sobre estas exposiciones, véase Museo de Arte Moderno de Bogotá, “Ríos y Silencios de Juan Manuel Echavarría”, Museo de Arte Moderno de Bogotá, acceso el 24 de septiembre de 2019, <https://www.mambogota.com/exposicion/rios-silencios-juan-manuel-echavarria/>; y Udenar, “‘Ríos y Silencios’ una obra que conmueve y se mueve por los caminos de la paz”, Universidad de Nariño, acceso el 24 de septiembre de 2019, <http://www.udenar.edu.co/rios-y-silencios-una-obra-que-conmueve-y-se-mueve-por-los-caminos-de-la-paz/>.

3. “EL CORAZÓN” DE HENRY³⁰

Henry Caliche, *El corazón*, 2008.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

La pintura *El corazón* ofrece un paisaje rural compuesto de terrenos delimitados por vegetación y árboles de diferentes matices de verdes y marrones, colores preponderantes de la obra y delimitados por el azul del cielo y el río. La pincelada se puede seguir y no deja ningún espacio en blanco, usa hasta la última parte del soporte y apenas se puede reconocer la madera en algunos segmentos. El uso del rojo, naranja y el amarillo interrumpe el verde sin llegar a mezclarse y llama la atención sobre segmentos específicos donde se pueden establecer tensiones en el cuadro.

En medio del paisaje se resalta un pueblo pequeño y solitario, de fachadas coloridas a orillas del río y algunas casas a sus alrededores. Al ver con detenimiento cada una de las ocho secciones que conforman la pintura, emergen figuras humanas: algunas de uniformes oscuros, otras de uniformes camuflados y unas pocas de civil. Estas figuras poseen una proporción distinta y parecen sobrepuestas en el paisaje. La pintura genera así una sensación de movimiento hacia el centro, donde se concentra la escena más cruda de toda la composición, y que da el nombre a la pintura: la imagen de un cuerpo ensangrentado, el cual permanece en el suelo, bajo un árbol, rodeado de figuras amenazantes que blanden un machete y un fusil. Un hombre, después de sufrir diferentes torturas por parte de paramilitares, es asesinado y, como un gesto de violencia irracional, le sacan el corazón frente a otras personas que presencian la escena. *El corazón* es un homenaje a la víctima.

La pintura pasaría desapercibida como la representación ingenua de un enfrentamiento, pero a través de las diferentes exhibiciones de *La guerra que no*

30. Henry (autor de la obra *El corazón*), entrevista do por Fundación Puntos de Encuentro, 26 de noviembre de 2008.

hemos visto y conversatorios en los que ha participado Juan Manuel Echavarría y su equipo se han ido develando detalles sobre la historia de *El Corazón*. Parte del silencio sobre la identidad del pintor radica en su propia seguridad, dado el carácter testimonial de la obra y las difíciles condiciones de orden público vividas en el país en las últimas décadas.

Se trata de una composición producto de una reflexión consciente que da cuenta, a través del dibujo, de las memorias del episodio vivido por Henry, quien a su manera representa el conflicto que vivió como integrante de las FARC-EP por casi doce años. Cuando en un contexto hostil, después de la muerte de su madre, el asesinato de su padre y ante la ausencia del Estado, encontró una alternativa de vida al ingresar al grupo guerrillero. Henry ingresó al grupo armado a la edad de 16 años³¹, llegó a ser tesorero de la organización en La Novia, un poblado en el departamento de Caquetá cerca al Río Fragua.

La imagen que produce Henry tiene un valor documental, permite conocer su relato sobre hechos de los que hizo parte y de otros testimonios que conoció después de los enfrentamientos. A través de *El corazón* produce un acto de memoria de un crimen cometido por un grupo paramilitar a un civil en esta población. La Novia tenía una economía alrededor del cultivo de coca y de los servicios improvisados provistos a los que participaban en este negocio ilegal. Debido al abundante flujo de dinero, los paramilitares planearon un ataque para quedarse con los recursos, destruir el pueblo y afectar las finanzas de la guerrilla, que dominaba el territorio.

La confrontación hizo huir a los habitantes de sus casas, no sin antes poner en alerta a los guerrilleros de lo que estaba sucediendo. De ahí la representación de un pueblo vacío y el cerco que hombres vestidos de negro realizan, protegiendo al pueblo del ataque y obligando a los paramilitares a replegarse con algunos civiles que se ven sometidos en la pintura. El enfrentamiento duró horas y terminó con la intervención de un helicóptero del ejército. Según el testimonio de Henry, el Ejército Nacional brindó apoyo aéreo a los paramilitares que sobrevivieron y consiguieron salir de la zona, no sin haber sufrido pérdidas considerables. La razón por la cual el autor conocía estos hechos es porque él estuvo allí, se representa a sí mismo con camisa blanca en el margen inferior derecho, cerca de la margen del río junto a otros guerrilleros que vestían de civil.

Ambos bandos sufrieron pérdidas considerables, pero sin duda lo que más impresionó a Henry fue el evento que inspiró el título de su obra. Una vez la guerrilla recuperó el control de La Novia, en la inspección oficial se encontraron la escena macabra que describe la pintura, la manera como el grupo paramilitar torturó y asesinó a un civil en medio de la batalla, siendo el último de los suplicios la extracción del corazón. De la misma forma, se encontraron con

31. Grisalez, "La guerra que no hemos visto".

otras víctimas, que, si bien no son representadas en la pintura, son recordadas a través del reconocimiento de su desaparición. Lo más impactante de la obra de Henry es descubrir un enfrentamiento del que no se tenía noticia, en el que murieron muchas personas y los efectos sobre los habitantes de la región.

Tras ser capturado en combate, se acogió a las garantías ofrecidas por la Ley 975 del 2005 y durante su proceso de reintegración a la vida civil, fue contactado por Echavarría y ha participado activamente de iniciativas promovidas por el artista y la Fundación Puntos de Encuentro.

4. “SIN RASTRO” DE JOHN GERARDO

John Gerardo, *Sin rastro*, 2017.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

Sin rastro está compuesta por 12 secciones y abandona el género más explorado por *La guerra que no hemos visto*, el paisaje. Sin embargo, no se trata de la única característica que diferencia a la pintura de las demás que conforman la serie, como lo veremos enseguida. Si bien hay una alusión a la naturaleza a través de una gran puerta que da acceso al lugar en el que se desarrolla la escena, donde se aprecia un paisaje en el cual sobresalen flores y un horizonte,

el tema principal se desarrolla al interior. Se trata de un depósito que cuenta con neveras industriales, un horno encendido, carretillas, canecas y bolsas de basura dispuestas aleatoriamente.

Se identifica un grupo de hombres vestidos de camuflado, quienes revisan minuciosamente el lugar y hallan fragmentos de cuerpos humanos en bolsas, canecas de basura y una motosierra ensangrentada. El gesto de los hombres ofrece una reacción de sorpresa, e incluso uno de los soldados es dibujado fuera del lugar vomitando ante la imagen dantesca ofrecida por el interior del depósito. Llama la atención el manejo de los colores, las sombras, la proporción de las figuras, así como la disposición del espacio y la crudeza de la imagen, la cual le confiere un carácter menos ingenuo y le proporciona una estética de un cómic. La oscuridad del interior del espacio se refuerza con los colores opacos usados por el pintor.

Durante la primera muestra de *La guerra que no hemos visto*, la pintura *Sin rastro* se presentó como una obra anónima y esta ausencia de contexto lleva al espectador a preguntarse por la relación de los hombres de camuflado con el conflicto armado en Colombia. ¿Cuál es su rol en la guerra? ¿A qué grupo corresponde el camuflado que los identifica? La imagen por sí misma no solo resulta una representación cruda de la historia desconocida de la guerra, sino que constituye un testimonio de una de las prácticas para la desaparición de cualquier rastro de las víctimas de asesinatos de los grupos paramilitares en diferentes lugares de la geografía colombiana. El punto de vista expuesto en *Sin rastro* da cuenta de la perspectiva de John Gerardo, un soldado del Ejército Nacional, que participó en la exposición de *Ríos y silencios* en las ciudades de Bogotá y Pasto (2017–2018) como mediador y guía de la exposición.

Las obras finales de *La guerra que no hemos visto* no son la síntesis de los talleristas ni de los talleres, sino el testimonio plástico de un actor del conflicto armado, que tras dejar sus armas y seguir un proceso de acercamiento al arte, decide dar testimonio de su visión del conflicto armado a través de su propia experiencia, dejando a Juan Manuel Echavarría en un segundo plano, y convirtiéndose en un facilitador de confianza para la expresión libre y espontánea.

La obra de Juan Manuel Echavarría resulta un proceso de exploración crítica y reflexiva del conflicto armado colombiano, que se ha preocupado por comprender y generar experiencias estéticas en los espectadores a través de un trabajo disciplinado con la comunidad, con el cual Echavarría genera vínculos fraternales con cada investigación. Su trabajo cumple una función social en un contexto como el colombiano, en donde la memoria y la comprensión del conflicto armado son campos ignorados.

Por lo anterior, *La guerra que no hemos visto* establece una ventana para acercarse a la comprensión de tres niveles simultáneos de la guerra: (i) el territorio

con lugares muy apartados de los centros de poder; (ii) los responsables de los delitos; y (iii) la necesidad del habla.

III. CONSTITUCIONALISMO TRANSICIONAL ESTÉTICO

El constitucionalismo transicional estético es un tipo de justicia transicional que, de manera complementaria o sustitutiva a las penas privativas de la libertad, a los mecanismos tradicionales del derecho, en materia de reparación, de pruebas, de defensa, se vale del arte, las prácticas artísticas y culturales y el patrimonio cultural para enriquecer el campo jurídico, especialmente el de los derechos humanos³².

Al usar este tipo de herramientas se apela a lo que ofrece el mundo de lo estético³³ y lo artístico, entre ellos a la sensibilidad, una conducta propia de la conciencia humana³⁴, además de la capacidad que las distintas manifestaciones artísticas tienen para expresar lo inexpressable. Allí radica el valor que adquiere el concepto discutido para quienes han sufrido las atrocidades, pues les permite no sólo describir sus realidades, sino que, además, les ayuda a transformarlas y cuestionarlas. Lo anterior no implica que el arte y las prácticas artísticas por sí mismas tengan la capacidad de generar todos los cambios que los dolientes requieren, sino que opera en el ámbito del discurso, las subjetividades y los imaginarios sociales³⁵. Los elementos del constitucionalismo transicional estético son:

1. LITIGIO ESTÉTICO

Hace referencia al empleo que hacen los grupos especialmente afectados por violaciones a sus derechos humanos, de las expresiones de identidad colectiva y creativa de los pueblos, mejor conocidas como patrimonio cultural, de tipo material o inmaterial, declarado o no por el Estado³⁶, para visibilizar –frente a la sociedad o frente a las instituciones estatales– determinados

32. Ver Yolanda SIERRA LEÓN, *Constitucionalismo Transicional Estético*, 2018, p. 227-279.

33. Entendido como una forma de conocimiento o de percepción del mundo a través de los sentidos y no necesariamente como un sinónimo de arte.

34. Cristina FIGUEROA y Oscar MORENO, “Reparación Simbólica: Procesos Artísticos y Pedagógicos En Escenarios Sociales”, en *Conversatorio de Arte y DDHH* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016), pp. 92-112.

35. Yolanda SIERRA LEÓN, “Relaciones Entre El Arte Y Los Derechos Humanos”, *Revista Derecho Del Estado*, n.º 32 (julio, 2014), pp. 77-100.

36. Por esa razón también podría llamarse práctica cultural colectiva.

cataclismos sociales producidos por actores armados de toda índole, que alteraron crudamente el orden cotidiano de sus vidas³⁷.

Esta denuncia suele emplearse en situaciones en las que ni el derecho, ni el Estado son capaces de desempeñarse de manera satisfactoria³⁸, lo que la lleva a convertirse en el camino para redignificar y resignificar la vida ordinaria. Allí donde se construye lo elemental, la historia, la memoria, lo icónico, la identidad, la denuncia tiene el propósito de desterrar la idea de violencia como una fatalidad³⁹ y como único destino posible. No se trata de una actitud pasiva sino de un “*sufrimiento que resiste y se transforma con miras a la construcción de una realidad en la que los sujetos, sin olvidar, asumen la vida de una forma distinta*”⁴⁰.

Así, el litigio estético no consiste en propuestas técnicas, profesionales o estatales coyunturales, sino en tradiciones autóctonas o idiosincráticas de las víctimas, quienes pueden manifestarse por medio de diversos gestos, performativos, expresiones orales, manuales, corporales u otras prácticas materiales determinadas por la cultura, o, en general, por medio de lo que Diana TAYLOR ha denominado el “repertorio”⁴¹. Las propuestas son narradas, dirigidas y desarrolladas por las propias comunidades dolientes, que comparten una misma realidad cultural, similar testimonio de vida y que, mediante representaciones de la realidad, logran entender el trauma y construir memoria mediante el diálogo entre el pasado traumático y un presente reconstruido⁴², lo que le convierte en una herramienta útil e importante en el marco del constitucionalismo transicional estético.

Bocas de ceniza, como vimos anteriormente, es una forma de litigio estético, porque los cantos que allí se muestran son precisamente eso: la potencia de los símbolos y las tradiciones culturales, que tramitan el dolor de la violencia. Esa forma de litigar derechos ante la sociedad es retomada por

37. Yolanda SIERRA LEÓN, “El Litigio Estético Como Categoría Museológica”, *Serie Documentos de Trabajo*, n.º 84 (2015b).

38. Yolanda SIERRA LEÓN, “El Concepto de Litigio Estético”, *Serie Documentos de Trabajo*, n.º 83 (2015a).

39. Felix REÁTEGUI CARRILLO, “Las Víctimas Recuerdan. Notas Sobre La Práctica Social de La Memoria”, en *Recordar en conflicto: iniciativas no oficiales de Memoria en Colombia* (Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009), pp. 17-42.

40. Catalina CARRIZOSA ISAZA, “El trabajo de la memoria como vehículo de empoderamiento político: La experiencia del Salón del Nunca Más”, *Boletín de Antropología Universidad de Antioquia* 25, n.º 42 (2011), pp. 36-56.

41. Diana TAYLOR, *El Archivo y El Repertorio. La Memoria cultural performática en las Américas* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2016).

42. Catalina CARRIZOSA ISAZA, “El trabajo de la memoria como vehículo de empoderamiento político: La experiencia del Salón del Nunca Más”.

un artista, que lo convierte en una forma de litigio artístico, y, con esta conversión, el patrimonio cultural se potencia y se hace visible en el campo del arte.

De otra parte, podría afirmarse que *La guerra que no hemos visto*, además de mostrar los hechos victimizantes, recoge elementos propios del patrimonio cultural de sus autores, muestra el tipo de construcciones, patrimonio natural, cultivos, vestuario y detalles propios de la vida cotidiana de los parajes representados en las pinturas de cada uno de los participantes de los talleres desarrollados por Echavarría. De esta forma, se reconocen elementos etnográficos, sociales, políticos y culturales que permiten acercarse a entornos difíciles a través del dibujo.

Por ejemplo, en la pintura *Una crónica de una muerte anunciada – parte II*, (imagen 1) Jhon Jairo, quien fue soldado del Ejército Nacional de Colombia, presenta una escena compuesta por seis partes acerca del contacto con el conflicto armado que vivió su familia. Se puede distinguir un momento previo al asesinato de su tío a consecuencia del interés de un grupo guerrillero por los cultivos de coca de su finca y cómo, pese a la advertencia de un vecino, el protagonista de la pintura sigue su camino. Llama la atención la repetición de la figura del tío y el caballo, otorgándole un dinamismo a la narrativa de la obra y sumándole un dramatismo al testimonio.

Si bien la pintura no da cuenta de un desenlace, este se deduce al encontrar la figura del campesino rodeada de hombres uniformados y armados, así como una finca descuidada con relación a la imagen que se exhibe en *Una crónica de una muerte anunciada – parte I*. Llama la atención la representación de la naturaleza, técnicas de construcción, la arquitectura modesta pero funcional de la casa y el vestuario de todos los actores que intervienen en la escena. Todo lo anterior permite reconocer un ambiente selvático y el impacto de los cultivos ilícitos en el medio ambiente, una realidad desapercibida y lejana para quienes no hacen parte de aquellas dinámicas. Asimismo, permite pensar en el contexto del autor como un soldado de origen campesino, víctima del conflicto armado y cómo a través del arte genera procesos de memoria propios que a través de la plataforma de *La guerra que no hemos visto* permite una reflexión colectiva acerca de los matices de la guerra.

Imagen 1. Jhon Jairo, *Una crónica de una muerte anunciada* – parte II, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Esta es la finca de mi tío, sembrada con coca. Las Farc quisieron quitarle esta finca, era muy próspera y cada vez que lo iban a matar, su hija de 15 años lo abrazaba para protegerlo. Él acuerda con el jefe guerrillero que le permita llevar a su hija donde la mamá, en la ciudad de Florencia, para luego él volver y hablar con ellos sobre su finca. Mi tío regresa a la finca. En el camino un vecino le advierte que no vaya porque la guerrilla lo va a matar. Él no hace caso. La guerrilla lo mata en su finca y lo entierran en una fosa. Cuando su hija se entera que lo mataron, ella se suicida. A mi tío nunca le hemos podido dar una santa sepultura. Es un desaparecido”.

2. LITIGIO ARTÍSTICO

El litigio artístico, por otro lado, consiste en la utilización o empleo de obras o piezas de arte, ya sea el cine, el teatro, los títeres, la literatura, el performance, la fotografía o la pintura, por parte de un artista de profesión con el objeto de poner en evidencia una situación concreta de vulneración a los derechos humanos, de una víctima, un grupo de víctimas o incluso vulneraciones propias de un periodo de represión concreto.

Mediante el litigio artístico el experto apela a su propia sensibilidad, percepción, oficio, disciplina y talento, para exponer ante la palestra pública una situación que a su modo de ver es injusta, se encuentra las más de las veces en la impunidad o en la indiferencia social y estatal, y le hace sentir la necesidad de generar un discurso empático a través de su obra, frente al conglomerado no

directamente afectado. Es necesario resaltar que en este caso el sujeto activo tiene una cualificación particular, además de tratarse de un artista profesional, este debe estar movido por las preguntas propias de su ámbito disciplinar y actuar de manera libre e independiente, de modo que mal podría hablarse de litigio artístico cuando se trata de una obra de arte realizada en el marco de un proceso y por orden de un juez. Por todo lo anterior, la obra estará sujeta a las críticas y al control propio del mundo artístico. Según SIERRA LEÓN⁴³ (2015c), se han identificado elementos afines al litigio artístico, los cuales son expuestos a continuación.

La obra *La guerra que no hemos visto* constituye un litigio artístico en la medida que ofrece una plataforma, generada por Echavarría, a partir de la búsqueda de los testimonios no convencionales en la narrativa del conflicto armado colombiano. Las pinturas logran sensibilizar y generar empatía en el espectador, conduciéndolo a través de las exposiciones a reflexionar sobre la vida del otro, la propuesta performática es el resultado de una puesta en escena del gestor de los diferentes testimonios. Dichas historias habrían estado distantes de la justicia convencional y emergen a través de la función terapéutica que se puede atribuir al arte y a la sensibilización del mismo por medio de la participación en los talleres.

3. GARANTÍA DE NO REPETICIÓN

La garantía de no repetición persigue modificar la realidad social, cultural o institucional que permite las violaciones a los derechos humanos. Modificar una norma jurídica y penalizar una conducta van en esta vía. No obstante, la modificación de la cultura es el mecanismo más efectivo para modificar los prejuicios, la xenofobia, el racismo y otras conductas que posibilitan la violación diaria de los derechos humanos, y que se intensifican en el conflicto armado. El cambio cultural es a más largo plazo, pero es más efectivo para evitar conductas altamente reprochables.

El arte permite visibilizar realidades sin ánimo de retaliación, y a través de ella transforman la realidad pues incorpora a la vida sensible algo que antes no era considerado relevante, permitiendo así pasar de “no ver a ver”, de “no saber a saber”, de “ser indiferente a sensible y empático”.

Sobre este punto es vital señalar que toda obra de arte o práctica artística que incorpore el tema de los derechos humanos tiene la potencialidad de generar dos efectos, por un lado, un efecto sensibilizador y, por el otro, un efecto transformador^{44 43}. Sin embargo, cuando en las obras es posible identificar la

43. Yolanda SIERRA LEÓN, “Reparación Simbólica, Litigio Estético y Litigio Artístico”, *Serie Documentos de Trabajo*, n.º 85 (2015c).

44. Yolanda SIERRA LEÓN, “Relaciones Entre El Arte Y Los Derechos Humanos”.

conurrencia de las características que configuran la existencia del litigio estético o artístico, necesariamente nos encontramos con estos dos efectos.

El primero se refiere a la dimensión cognitiva y emocional de la obra, que le permite al observador con un mínimo de interés acercarse a una realidad desconocida –ya porque no es víctima o porque es profano y no accede a la información técnica de los especialistas– que aminora la insensibilidad ante las atrocidades cometidas por las partes del conflicto o lo que PÉCAUT denominó la banalización de la violencia⁴⁵. Según BENJAMÍN⁴⁶ las obras de arte contemporáneo corren el riesgo de convertirse en cómplices de la conservación del *statu quo*, a través de lo que él denomina esteticismo de la vida política, por eso es menester enaltecer no sólo el potencial estético de estas manifestaciones, sino también su efecto político y, por ende, sensibilizador.

En segundo lugar, puede producirse el efecto transformador; este presupone la existencia del primero y consiste en la modificación de los imaginarios que hicieron posibles la vulneración de los derechos humanos y la perpetuación de las condiciones de marginalidad. Por lo anterior, esta dimensión requiere un compromiso férreo con las reivindicaciones sociales que coadyuve con la emancipación y la alteración de estructuras de poder en sociedades tan asimétricas.

Un ejemplo de litigio artístico es *La guerra que no hemos visto*, porque a través de 90 pinturas, realizadas por 35 campesinos, hombres y mujeres, de origen sencillo, que participaron en la guerra colombiana, miembros de grupos paramilitares, guerrilleros o del Ejército Nacional, se consigue conocer la versión de la historia de la guerra en Colombia vista desde el punto de vista de “soldados rasos” (Tiscornia 2016). Lo cual resulta una estrategia original en el acercamiento a la verdad sobre los hechos vividos por los combatientes y alejados de las versiones oficiales de las diferentes organizaciones que hacen parte del conflicto armado del país.

Las pinturas que constituyen la obra acaban ofreciendo un panorama crudo del conflicto al rendir homenaje a desaparecidos, al denunciar prácticas irregulares como torturas, masacres, secuestros entre otros crímenes representados a partir del proceso por el que atravesaron los participantes en la plataforma ofrecida por los talleres y las exposiciones. El enfoque impulsado por los talleristas busca generar procesos de verdad y responsabilidad en los excombatientes, exaltando de forma implícita un reconocimiento de los derechos civiles, y constituyen testimonios con un carácter documental invaluable para los actores de la guerra. Testimonios que habrían permanecido ocultos sin la mediación del arte que permite representar lo que no se puede verbalizar.

45. Daniel PÉCAUT, *Guerra Contra La Sociedad* (Bogotá, Espasa, 2001).

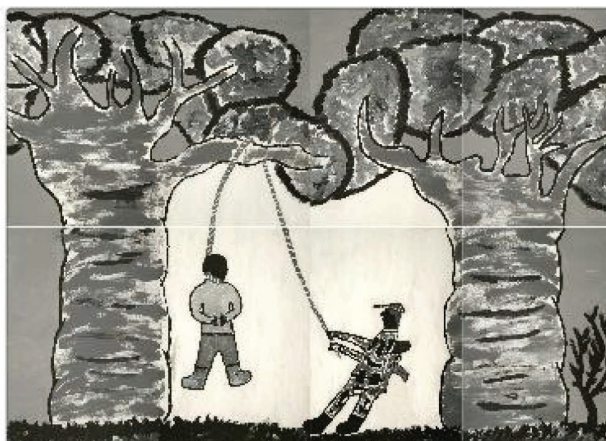
46. Walter BENJAMÍN, *Discursos Interrumpidos I. Filosofía Del Arte y de La Historia* (Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A. de Ediciones, 1989).

En la obra y el relato del Sueco *Tortura a un ser humano*, el espectador puede percibir la complejidad humana y social de la guerra. En primer lugar el Sueco ingresó a un grupo paramilitar a los 18 años, la realidad de muchos jóvenes ante la falta de oportunidades que encuentran en el ingreso a grupos al margen de la ley una alternativa de vida ante la falta de oportunidades y la ausencia del Estado.

Se aprecia la ausencia de color, reconocida por el autor como un “recuerdo triste”, algo sobre lo cual no es sencillo hacer memoria. En la imagen se puede ver como el excombatiente se representa a sí mismo torturando a un hombre atado y suspendido de un árbol, siendo asfixiado por la tensión entre su cuerpo y la fuerza del hombre uniformado. A diferencia de otras pinturas de *La guerra que no hemos visto*, se aprecia una imagen más sencilla y contundente, al presentar un evento concreto y un paisaje escaso compuesto por un par de árboles que forman parte de la tortura. De esta forma es explícita como la acción misma de infringir daño a otro de la cual busca escapar el autor.

Se trata de una representación más allá de la tortura, de una forma de manifestar la conciencia del excombatiente por las víctimas que afectó en medio de la guerra. De su entorno y la manera como el Sueco ha procesado su historia personal. Así, el arte consigue desnudar la psique del excombatiente, quien por miedo al sentimiento de culpa o a las consecuencias legales evita compartir los detalles de sus crímenes, mas a través de la pintura se logró en este caso identificar el dolor y la culpa, materializándolo a través de dibujo.

Imagen 2. El Sueco, *Tortura a un ser humano*, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro.

Bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente de las Autodefensas Unidas de Colombia – AUC. Ingresó a la edad de 18 años. Consciente o inconscientemente a usted no se le sale eso de la cabeza nunca. Cuando comencé a pintarlos, sentía como no sé, como... como que se acuerda uno de la persona, uno se acuerda de las facciones del hombre y todo, le da a uno verraquera. De todas maneras, el hombre tenía su familia me imagino, y también era un ser humano, y le da a uno como algo, siempre le da uno duro recordar las cosas, esas cosas, siente uno como un vacío en el corazón, no sé, algo; ¿remordimiento se puede decir, cierto? Remordimiento. El blanco y negro como si fuera un recuerdo triste, como si fuera algo que no quisiera recordar”.

El daño no se reduce al de un grupo al margen de la ley sobre el cuerpo de la víctima, sino que se extiende a la naturaleza y el impacto de las dinámicas estatales en la lucha contra los negocios ilícitos, donde se perjudica a los campesinos, generando un círculo vicioso.

Como se puede evidenciar en la pintura de Jhon Jairo *La contaminación del medio ambiente*, donde se representa la figura del Estado a través del helicóptero, presente en un segundo plano, y la avioneta que fumiga, un paisaje donde se distingue no solo los cultivos, sino el ganado y una finca. No se trata sólo de identificar buenos y malos, sino la afectación del medio ambiente y de los derechos humanos como integrante de un conflicto, reconociendo los damnificados por enfrentamientos y las dinámicas de la guerra.

Llama la atención como la avioneta irrumpe en el paisaje, a través de una diagonal que se genera a través de las líneas dejadas por la aspersión aérea sobre un horizonte tranquilo y apacible donde el verde es el color dominante. Asimismo, la posición de un soldado retirado, que asume una posición crítica sobre el impacto del método elegido para combatir el problema de los cultivos ilícitos desde el Estado y el impacto sobre la salud de los civiles. Por lo tanto, resulta paradójica la ausencia del gobierno para garantizar la seguridad de los ciudadanos en los sectores rurales y su presencia para combatir el narcotráfico a costa del bienestar de la población y el medio ambiente.

Imagen 3. Jhon Jairo, *La contaminación del medio ambiente*, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro.

Bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente del ejército Nacional de Colombia, ingresó a la edad de 19 años. El campesino no es consciente del daño... campos inmensos, abiertos de destrucción. Era selva no más y ya con el tiempo usted miraba, y de lado a lado había meros cultivos de coca. Y llega la contaminación, las fumigaciones y, mejor dicho, las tierras quedan que no sirven pa’ nada”.

4. INCLUSIÓN DEL ARTE COMO MEDIO DE PRUEBA

Este aspecto obedece a la realidad que rodea a las víctimas, su imposibilidad de acudir la mayoría de las veces de manera pronta a las vías ordinarias ya sea por la renuencia o la misma complicidad del Estado, y esa necesidad casi intuitiva de recurrir al arte para recordar lo sucedido. Esto hace imperioso la consideración de estos insumos por parte del derecho como una fuente fiable de información.

Así, la posibilidad las manifestaciones artísticas creadas en estas situaciones pueden ser usadas si quiera como indicios, entendiendo por estos aquel

razonamiento del operador jurídico que, partiendo de un hecho conocido, que se tiene como cierto, llega al descubrimiento de un hecho desconocido o no observado⁴⁷. Al respecto, es necesario señalar que las obras por sí solas no ofrecerían fundamentos para afirmar la certeza del hecho desconocido o conclusión, sino que solo serían tenidas en cuenta con un grado de probabilidad, cuyo grado e intensidad dependerá de medios de prueba adicionales.

En consideración de lo anterior, el arte puede revelar situaciones, contextos y verdades ocultas, propiciar el ejercicio público de hacer memoria y la auscultación de ciertas verdades incómodas que fueron víctimas de la “*damnatio memoriae*”, al ser considerado en un medio de prueba conducente y pertinente, que en comunicación con otras sea el sustento probatorio de ciertos hechos acaecidos en el marco del conflicto armado.

Un ejemplo de ello se presenta en todas las obras de *La guerra que no hemos visto*, como se puede apreciar en la pintura *Masacre en el Meta* de Julio (imagen 4), donde se rebelan imágenes de un enfrentamiento entre dos facciones, incluida las FARC, guerrilla de la que hizo parte el autor de la obra. Compuesta por nueve secciones, cada una ofrece un testimonio del combate, donde hombres armados luchan sin reparar en el entorno que los rodea, de hecho, la naturaleza que en la mayoría de pinturas ocupa la mayor parte del horizonte, es eclipsada aquí por el fuego de las casas ardiendo, armas de todo tipo, la sangre de los heridos y de los asesinados de ambos bandos y de la población civil.

Todo lo anterior da cuenta de la dimensión de la guerra, pero también de hechos violentos de los cuales no se conoce toda la verdad, el reconocimiento por parte de Julio como ex integrante de un grupo guerrillero de la masacre y del daño causado al pueblo y sus habitantes, un testimonio valioso que aporta elementos del impacto de las consecuencias del combate armado y de las causas de procesos de desplazamiento como producto del pueblo convertido en ruinas a las que difícilmente se puede regresar.

Así, algunas de las pinturas sirven como documentos para ahondar en la comprensión de eventos donde se vulneran los derechos humanos y de los cuales apenas se tiene noticia. Enclaves importantes para el control de territorios en disputa y con historias que pasan desapercibidas. Sin duda, las imágenes logradas por los excombatientes adquieren un valor documental y probatorio, respaldando procesos de verdad sobre acontecimientos ignorados, con lo cual se podría reparar simbólicamente a los sobrevivientes y desaparecidos.

En la pintura *Compra y exportación de cocaína* de Oscar Javier (imagen 5), antiguo miembro de las FARC. Su obra está compuesta de diez secciones, en

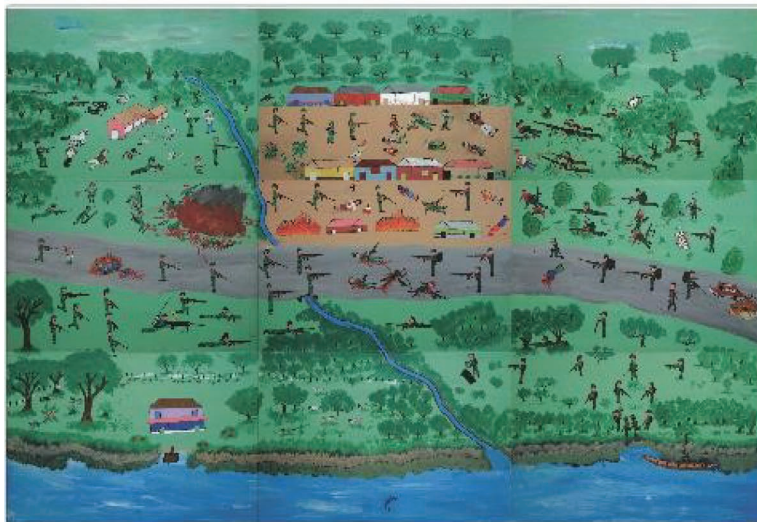
47. Miguel Enrique Rojas Gómez, *Lecciones de Derecho Procesal. Tomo III. Pruebas Civiles*, (Bogotá, ESAJU, 2015).

formato vertical y dan cuenta de un paisaje donde se aprecian casas de colores, vegetación, vías, vehículos, animales, personas civiles, hombres armados, un río y un lago. Las secciones inferiores ofrecen un ambiente relativamente tranquilo, de vida cotidiana, con campesinos y algunos hombres armados formados frente al responsable del lugar “Don Alfredo”. Las secciones superiores de otro lado, dan cuenta de una pista de aterrizaje, un avión y droga; asimismo, se presenta una construcción administrada por el grupo armado. En ella, una fila de campesinos quienes, según el testimonio de Oscar Javier, le vendían cocaína procesada a la guerrilla. Si bien se reconoce un carácter de caudillo en el comandante encargado de la finca también, la imagen se complementa con el testimonio del autor.

Oscar Javier presenta la historia de “Juancho”, un guerrillero joven que se robó parte de la mercancía y trato de venderla con la ayuda de campesinos para tener una ganancia. Sin embargo, al ser descubierto, es asesinado y desaparecido. La pintura y el testimonio del autor de la pintura permiten en este caso reconocer la historia de una desaparición y la relación de la guerrilla con el negocio ilícito del narcotráfico, un tema álgido de la historia reciente del país, particularmente en la zona de Vista Hermosa, Meta. Resalto la conciencia del pintor sobre uno de los motivos de algunos de los combatientes a partir del ejemplo de su comandante, la venganza, quien al haber perdido su familia a manos de grupos paramilitares encontró en el ingreso al grupo guerrillero un camino para tomar retaliación por el asesinato de sus seres queridos.

En la misma línea, las pinturas como la *Muerte anunciada* de Martha (imagen 6), quien fue parte de la guerrilla de las FARC, permite el reconocimiento de un asesinato por parte de grupos paramilitares a la propietaria de un restaurante en el que comían los guerrilleros. Según el testimonio de la exguerrillera, le habían advertido a la víctima sobre su inclusión a una lista de colaboradores, misma que utilizaron los paramilitares en un retén, con lo cual fue identificada y asesinada cruelmente. En la pintura se aprecia que la tensión en medio del paisaje, recae en el retén; un grupo de hombres armados ha asesinado a la mujer y exhibe su cabeza en medio de las miradas de un grupo de hombres que rodean el hecho. Como actores silenciosos, la guerrilla se encuentra en la parte superior de la obra en medio de la selva, los hechos ocurrieron en el pueblo de Zabaleta en Caquetá.

Imagen 4. Julio, Masacre en el Meta, caserío Caño Palometa, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente de las FARC. Ingresó a la edad de 28 años y permaneció allí por 12 años. Ese pueblo fue totalmente destruido, eso fue un campo de combate, duraron tres días boliándose candela. Las casas fueron destruidas. Hubo mucho muerto. La gente civil es la que sufre todo. Ellos van a sentir el dolor, el miedo, el pánico. Yo hace como dos años, pasé por ahí otra vez, y todavía estaban los escombros”.

Imagen 5. Oscar Javier, *Compra y exportación de cocaína*, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente de las FARC. Reclutado a la edad de 9 años. ‘La muerte de Juancho no la olvidé. Me dolió mucho la muerte de ese muchacho porque prácticamente era un pelao que todavía no sabía qué era la guerra. Él no llevaba con nosotros ni siquiera tres meses y lo último que él dijo «que se lo llevaran a la mamá» más nunca se le llevó nada a la mamá, nada. Un día llegó la mamá preguntando por él y nadie dio razón de él, nadie sabía nada”.

Imagen 6. Martha, Muerte anunciada, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro.

Bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente de las FARC, reclutada a la edad de 14 años y permaneció allí por 8 años. Y ellos, los paramilitares estaban haciendo retén en el puente y a esta señora como ya la encontraron en la lista, a ella le mocharon la cabeza. Lo único que yo alcancé a ver fue cuando le tiraron la cabeza al río. Cuando ya esa gente se fue, le hicieron la búsqueda a la cabeza de la señora y el mismo esposo la encontró”.

Como se ha podido evidenciar las pinturas poseen un valor documental, el cual sumado a los testimonios de los excombatientes permite reconstruir eventos trágicos en medio del conflicto armado. Por tanto, se comprueba el valor del arte como un catalizador de procesos de memoria y un mediador entre la verdad y el olvido. Por cuanto, abre formas de plasmar lo que no se puede decir con palabras y permite procesar el trauma tanto para las víctimas como para los miembros de los grupos armados. Si bien el nombre de los pueblos y de los afectados parecen abstractos, constituyen testimonios valiosos, no solo para reflexionar sobre la guerra, para aportar a procesos de verdad.

5. EMANCIPACIÓN ESTÉTICA DEL ESTADO

Con este mecanismo se pretende hacer frente a lo que HART⁴⁸ describe como “el halo de misterio que las instituciones jurídicas tienden a producir en torno a sí mismas que oscurece su verdadera naturaleza y efectos, desconcierta e intimida al crítico y al reformador” y que CELANO⁴⁹ denomina “mistificación del derecho”, que, en pocas palabras, es el fenómeno en el cual el derecho se presenta como algo misterioso y accesible sólo para quienes logren comprender lo rimbombante de su lenguaje y extensión.

La anterior situación parece ser una característica común del derecho, que resulta acentuada en el marco de un conflicto armado, puesto que la constante y sistemática violación de los derechos humanos va a acompañada de una cantidad inusual de procesos jurídicos, que resultan ser demasiado técnicos, complejos, largos e inaccesibles, para ser fácilmente digeridos y asimilados para la inmensa mayoría, que no cuenta con conocimientos especializados en los campos del derecho o ciencias afines.

En medio de esa dinámica, este mecanismo novedoso tiene por objeto sustraer esos casos, situaciones o elementos tan complejos y propios del ordenamiento jurídico y del Estado, de su jurisdicción, para entregarlos a una competencia, en principio ajena, como son los lenguajes y “trámites” del arte facilitando la satisfacción de los derechos de las víctimas, sus familiares y el conglomerado social en general.

Un ejemplo de la emancipación estética en *La guerra que no hemos visto* es la obra “La zona de distensión de Vista Hermosa, Meta” porque esta fue una decisión del gobierno, que no se conoció mucho en Colombia y con un impacto sobre los habitantes de la Zona de Distensión (ZD) y municipios cercanos. La primera constatación que se produce al revisar los datos de violencia de los municipios que conformaron la ZD durante el proceso de paz adelantado por la administración Pastrana (1998–2002), con los promedios anteriores e históricos, la reducción de las acciones de guerra, enfrentamientos y combates, resulta evidente. En la misma medida y como consecuencia de lo anterior, se observa la reducción de la violencia relacionada con el conflicto, como los homicidios y secuestros cometidos en la zona. Sin embargo, se ampliaron estas cifras en las zonas cercanas a la ZD, ya que el conflicto en Meta y Caquetá como parte de la estrategia militar de la guerrilla y como medida para frenar el avance de los paramilitares en la zona⁵⁰.

48. Herbert L. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory* (Oxford, University Press, 1982).

49. Bruno Celano, “El Ángulo Muerto de Hart. La Pieza Que Falta En “The Concept of Law””, *DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho* 37 (2014), pp. 143-60.

50. Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, “Municipios que conformaron la Zona de Distensión Meta y Caquetá”, página web de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República (consultada en el 6 de octubre de 2019), http://historico.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/documents/2010/Estu_Regionales/04_03_regiones/zonadedistension.pdf.

De esta manera se aprovechó la ausencia del Estado en el marco de los acuerdos para reorganizar sus fuerzas y fortalecer la posición de la guerrilla en la región. Con lo cual, el grupo armado inició una serie de asesinatos, sabotajes y secuestros. La resistencia de la policía en algunos de los municipios trajo consigo enfrentamientos donde murieron miembros de la policía, los paramilitares, la misma guerrilla y civiles en medio del fuego cruzado.

La pintura de Óscar Javier, compuesta de catorce secciones, da cuenta de lo sucedido en la zona de Vista Hermosa. En primer lugar, llama la atención la manera como se representa la diferencia del territorio, los distintos paisajes entre los que se destacan la selva, poblados pequeños, ríos, cultivos y campamentos guerrilleros. En segundo lugar, la vida de los campamentos, así como la de los poblados que hacen parte de la zona de distensión lucen tranquilos y ordenados, ofreciendo un panorama esperanzador de cara a los procesos de paz que se adelantaron entonces. Pero, en tercer lugar, en los lugares fuera de la zona de distensión aparecen hombres vestidos con camuflados que realizan diferentes crímenes como retenes, asesinatos y desaparición de cadáveres que son tirados al río. La gran dimensión de la pintura pone en evidencia la continuación de una ofensiva militar cerca de las zonas de concentración de la guerrilla y los problemas que trajo para garantizar las condiciones de vida de los habitantes de la región.

Imagen 7. Oscar Javier, *La zona de distensión de Vista Hermosa, Meta, 2007-2009.*



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente de las FARC. Reclutado a la edad de 9 años”.

Resulta un contraste curioso la aparición de un pueblo colorido en el corazón de la pintura donde todo luce tranquilo, frente a los diferentes crímenes representados en la obra, en especial en la mayor parte de la sección inferior, donde los colores lucen más opacos e incluso el pueblo pintado luce afectado, no solo por las fachadas sencillas de las casas, sino por los asesinatos. Estos últimos se reparten por diferentes lugares de la obra, por desgracia, no de forma aislada sino sistemática.

6. REPARACIÓN SIMBÓLICA A TRAVÉS DEL ARTE

La reparación simbólica hace parte del derecho-deber⁵¹ de reparación integral del conflicto armado. En Colombia está definida de manera genérica por el artículo 141 de la Ley 1448, de víctimas y restitución de tierras, como “toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, la solicitud de perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas”⁵². De lo anterior pueden observarse ciertos componentes de este tipo de reparación, que, de acuerdo con SIERRA LEÓN⁵³ son los siguientes:

1. Una prestación: la reparación simbólica es jurídicamente una obligación que puede ser de “dar”, “hacer” o “no hacer”, según las particularidades del caso concreto.
2. Un aspecto tridimensional: está encaminada a la satisfacción de tres sujetos que están en tres planos diferentes, estos son, la víctima como individuo, la víctima como sujeto colectivo y el conglomerado social.
3. Medidas de desagravio no taxativas: la reparación simbólica está compuesta por todos aquellos actos que permitan paliar el dolor de las víctimas y restablecer su esfera emocional, buen nombre y proyecto de vida. Es importante señalar lo anterior, pues, si bien en la jurisprudencia nacional e internacional hay medidas a las que se recurre una y otra vez, esto no implica que sean las únicas medidas posibles.

51. La reparación integral tiene una doble dimensión, por un lado es deber y obligación del Estado condenado, derivado de su responsabilidad internacional, y por otro lado es un derecho fundamental de las víctimas.

52. Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones (Congreso de la República, Diario Oficial 48096 de 10 de junio de 2011).

53. Yolanda Sierra León, “Reparación Simbólica, Litigio Estético y Litigio Artístico”.

4. Individualidad de cada proceso: eso implica que cada proceso es único y depende de las necesidades y realidades de las víctimas que pretende reparar.
5. Protección de los derechos a la verdad, la memoria y la dignidad humana, y las garantías de satisfacción y no repetición: al hablar de la reparación simbólica a través del arte, estamos haciendo referencia a todas aquellas medidas que se ejecutan a través de obras de arte o prácticas artísticas y que, en cumplimiento de una orden judicial buscan satisfacer los derechos de las víctimas y la sociedad en general. En estos casos, el poder de significación que posee el símbolo en tanto objeto poético⁵⁴ al potencializar la protección de los tres derechos y dos garantías antes nombradas, pues permite, que, a pesar de su independencia, sean satisfechos de manera mucho más óptima.

Un ejemplo de la reparación simbólica a través del arte, con todo lo que esto conlleva, es la ordenada por la Sección Tercera-Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en cabeza del magistrado Danilo Rojas en la sentencia del 26 de junio de 2016 (Consejo de Estado 2014).

Dicha providencia se realizó en medio de la evaluación de la responsabilidad del Estado en el asesinato del señor Josué Giraldo Cardona, dirigente del partido político Unión Patriótica y líder de la Mesa de los Derechos Humanos del Meta, acaecido el 13 de octubre de 1996. Este crimen se enmarcó en el genocidio político de la Unión Patriótica por parte de fuerzas paramilitares con la anuencia del Estado y derivó en el asesinato de dos candidatos a la presidencia, “13 diputados, 11 alcaldes, 70 concejales y un sinnúmero de dirigentes militantes de base que podrían pasar de 3.000 personas” (Urrego Mesa 2004).

En el caso en cuestión, luego de determinar la existencia de responsabilidad por omisión del Estado colombiano y ordenar las respectivas indemnizaciones, se ordenó la creación de “un lugar de memoria en la ciudad de Villavicencio-Meta, bajo la orientación del Centro de Memoria Histórica, en el cual se erija un monumento en honor al partido político, para honrar la memoria de todos los que han sacrificado incondicionalmente su vida para la realización plena y pacífica de sus idearios políticos”; la financiación, auspicio y montaje de una exposición itinerante a cargo del Centro Nacional de Memoria Histórica en honor a todas aquellas personas que se dedicaron a la defensa de los derechos humanos en medio del conflicto armado, con el objeto de conservar en la memoria colectiva las luchas sociales de los activistas y difundir sus ideales y la realización

54. Alejandro Burgos, “¿Qué Es Un Símbolo? ¿Cómo Se Genera Un Símbolo? ¿Quién Crea Los Símbolos? ¿Sirven Los Símbolos Para Hacer Justicia?”, en *Conversatorios de Arte y DDH* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014), pp. 21-26.

por parte de la Policía Nacional, de un documental y un cortometraje de 7 y 24 minutos de duración, respectivamente, que deben ser proyectados en instituciones educativas y diferentes escenarios de proyección audiovisual.

Además, se estableció que se colocara en el monumento una placa en la que queden grabados los ideales de ese movimiento, si así lo desean los sobrevivientes, y se procurara el empoderamiento de este lugar mediante la generación de instrumentos de participación que “faciliten su apropiación por el colectivo y garanticen su conservación física y simbólica, mediante la consolidación de actos solemnes que doten de sentido al lugar y a los monumentos que allí se erijan”⁵⁵.

En relación con *La guerra que no hemos visto*, los jueces y los funcionarios públicos, pueden ordenar la exposición de esta serie para darle la razón a las víctimas, para sumarse a su dolor y emplear las pinturas y testimonios de los participantes de la serie para ahondar en los eventos e incluir esta información en la memoria colectiva de la sociedad colombiana. La verdad de hechos que deben visibilizarse para que las víctimas no estén solas en su dolor.

Zereida, por ejemplo, en su pintura *La muerte de mi hijo y de mi esposo* (imagen 8); Nubia, con *Crimen a un indefenso* (imagen 9); y Caliche, con *El secuestro de una persona inocente* (imagen 10), presentan elementos de prueba sobre los abortos obligatorios, el abuso sexual a las mujeres y los tratos crueles, que se practicaban en los campamentos de las FARC, pero esta obra tiene un elemento adicional, desde la perspectiva de género, aporta un método, un mecanismo para resolver la dicotomía, del ofensor-víctima.

Zereida fue miembro y víctima de las FARC, ingresó joven al movimiento guerrillero y se mantuvo en este por doce años, una de sus vivencias más traumáticas se ve reflejada en su pintura. Se trata de un paisaje de doce secciones, su pintura luce especialmente inocente, la vegetación no ofrece muchas gamas de verdes, las casas se lucen de forma sencilla y la forma de las personas se asemeja a los dibujos de un niño, sus características no están bien definidas, pero sin duda, resulta muy importante el color de la ropa o uniformes de cada uno.

Hay múltiples escenas de asesinatos dentro del paisaje de Zereida, que se distingue por los puntos rojos sobre el cuerpo de las víctimas. Existe un punto

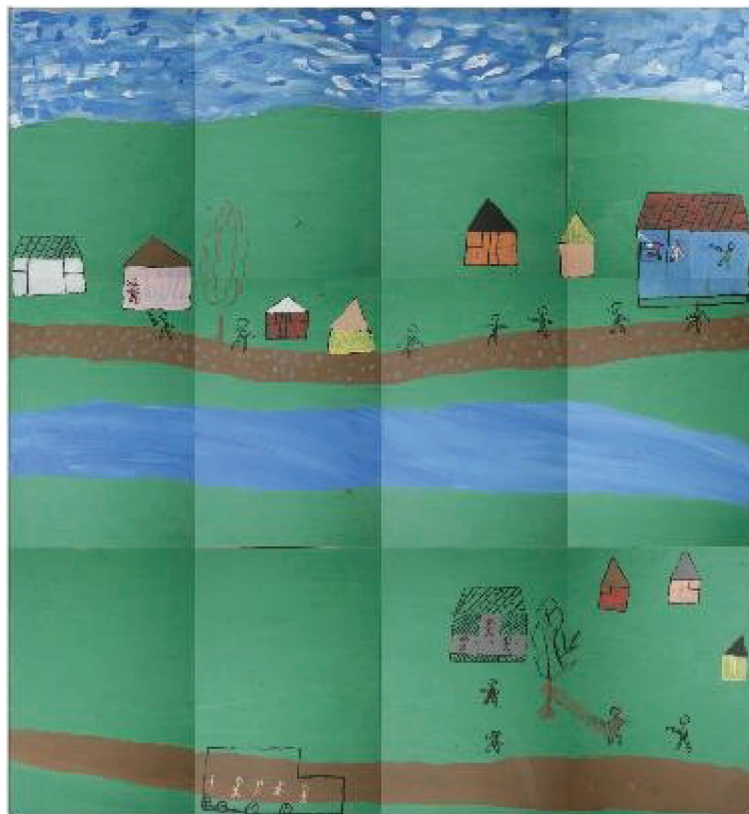
55. Según, Camacho, a pesar de las grandes expectativas creadas por esta providencia y las órdenes allí contenidas, según las fuentes consultadas, hasta el momento no se han ejecutado ninguna de estas prestaciones. Sin embargo, los sobrevivientes, mediante encuentros municipales “construyeron una propuesta arquitectónica para el museo con diseños que evoquen la memoria, la reconciliación y la firmeza ideológica de los militantes de la UP”, 2017.

de la obra que recibe un tratamiento especial, se trata de la esquina superior derecha, donde se pinta un puesto de salud donde la autora se pinta a sí misma, permanece acostada en una camilla, rodeada de sangre y conectada a un tipo de suero, al pie suyo una figura de blanco, el enfermero encargado de su aborto, quien es asesinado por uno de los guerrilleros que la acompaña debido a su resistencia a practicar el procedimiento. Fuera del puesto de salud aparece otra figura importante, su pareja, quien se resiste a la práctica del aborto y también es asesinado. Se trata de una escena dramática, producto de una medida de la guerrilla de interrumpir los embarazos de las mujeres de sus tropas. Según el testimonio de la autora, no se trata de una regla general para todas las mujeres, las parejas de los comandantes sí pueden completar su embarazo.

Pese al interés de Zereida por tener a su bebé, era consciente de la forma de actuar de la guerrilla en estos casos y planeaba desertar para poder ser madre. Sin embargo, fue descubierta cuando se encontraba en un estado avanzado de su embarazo. Por lo cual se le obligó a practicarse un aborto, su resistencia y la de su compañero trajo consigo la muerte de su hijo y pareja, lo cual le da el título a la obra. Es impactante la forma como se representa a sí misma, de forma casi escondida en la pintura, casi escondida y exponiendo a partir de su caso una práctica común hacia el cuerpo de la mujer en tiempos de guerra.

Si bien, esta obra no es una reparación simbólica, en el sentido que no es un juez o un operador jurídico el que la ordena como un medio de reparación simbólica, sí representa una metodología importante para que las mujeres víctimas de este tipo de delitos, que forman parte de la intimidad del cuerpo, puedan hacer lo propio a través de una pintura, y la metodología que propone la Fundación Puntos de Encuentro en toda la serie, al contar su experiencia a manera de una denuncia y como parte de su proceso de duelo frente a la experiencia traumática vivida como mujer.

Imagen 8. Zereida, *La muerte de mi hijo y de mi esposo*, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente de las FARC. Fue reclutada a la edad de 14 años. ‘Esta que está aquí soy yo, y este es un aborto que yo tuve, porque uno no puede tener hijos, allá lo obligan a abortar a uno. Entonces imagínese, tenía yo 16 años y aquí me sacan el peladito, ¿ve? Acá el papá del hijo se dio cuenta de lo que iban a hacer y él se opuso y mire lo que le paso. A él lo mataron, y al médico después que me sacó el bebé también lo mataron. Eso duele mucho. Yo lo sentía moverse y todo. Ya tenía 5 meses, son 5 meses ¡Ya está grande!’”.

En el caso de Nubia, quien ingresó a la guerrilla siendo mayor de edad, compartió con una compañera su embarazo. Esta le comunicó a su superior la situación, por lo cual se le ordenó practicarse un aborto; sin embargo, Nubia se resistió porque no quería perder a su hijo. Ante lo cual se infringió sobre

ella una tortura después de inyectarle el medicamento para que abortara, fue amarrada a un árbol por varios días mientras perdía a su bebe. Asimismo, se le prohibió volver a hablar con su pareja, con lo cual se le castigó por su desobediencia. En este caso, la mujer pierde toda autonomía sobre su cuerpo y sus sentimientos, siendo la guerrilla la que toma la decisión sobre ella y aplicando normas severas para mantener la disciplina sobre el grupo. Este castigo no sólo afecta a Nubia, afecta a todas las mujeres que estarán intimidadas de desobedecer una orden para evitar pasar por un castigo semejante.

En su pintura Nubia se representa a si misma a la orilla de un camino, en medio de árboles y atada a dos árboles, su uniforme está manchado de sangre. A pesar de estar rodeada por miembros de la guerrilla, ninguno la ayuda. La manera como representa su cuerpo, da la sensación de resistencia, mientras yace al aire libre y pierde a su hijo.

Imagen 9. Nubia, *Crimen a un indefenso*, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente de las FARC. Crimen contra una persona indefensa excombatiente de las FARC. Reclutada a la edad de 16 años. ‘Pues esta es una historia que viví pa’ lado del Putumayo, cuando tenía dos años de ingresada al frente 32... Yo tenía como dieciocho años... Y yo tenía un socio que se llama Armando,

pues yo tenía relaciones con él y quedé embarazada. Y tenía una compañera que supuestamente era muy amiga mía, ella fue y le dijo al comandante Luciano que yo estaba embarazada. El comandante dio la orden para que el médico me aplicara una inyección para abortar. Me acostaron en esa hamaca; yo no quería dejarme aplicar la inyección porque yo no quería botar mi hijo. De ahí ya me amarraron, me tuvieron hasta que aborté y me amarraron veinte días. Eso no hay compasión de nada allá, el único era mi socio (Armando) pero no lo dejaban hablar conmigo”.

En la pintura de Carlos Mario Caliche, se pone en evidencia otro tipo de violencia de género, donde un subordinado, siguiendo las órdenes de su comandante, secuestra a una profesora. La mujer es retenida por cerca de tres meses en los cuales es abusada sexualmente en repetidas ocasiones por el comandante. Un tiempo después decide asesinarla, utilizando un cuchillo, con lo cual la tortura justificando la necesidad de no llamar la atención de la guerrilla de las FARC.

Carlos Mario fue paramilitar y en la pintura se aprecia un detalle muy particular que acerca al autor a la víctima, se trata de un improvisado árbol de navidad a raíz del vínculo que se generó entre el secuestrador y la víctima. Al mismo tiempo, hay un reconocimiento de la amonestación por la violación de una mujer dentro del grupo armado, por lo cual el superior se encarga de desaparecer a la víctima para evitar algún tipo de castigo por haberla violentado.

Imagen 10. Carlos Mario Caliche, *Secuestro de una persona inocente*, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente de las Autodefensas Unidas de Colombia – AUC. Era una profesora y tenía por ahí treinta años. Estuvo secuestrada tres meses. El comandante lo que pensaba era que ella de pronto era una ideóloga de la subversión y que ella sabía dónde mantenían las caletas y por dónde operaban. El comandante se metía allá al cambuche y siempre abusaba de ella, la tenía era como pa’ tener sexo, no más. Decidió matarla porque era dizque un encarte y porque de pronto sabía quién era el que la había tenido. El mismo comandante la mató con un cuchillo porque allá no se podían hacer tiros ni nada porque por ahí estaban las Farc. Por esa zona, siempre había mucha coca sembrada. Ese comandante la partió en dos y la enterró ahí en el hueco”.

7. MECANISMO DE REMOCIÓN DE ESTEREOTIPOS SOCIALES

Este mecanismo, hace referencia a la contribución del arte en la construcción de nuevos comportamientos y actitudes sociales, alude a la remoción de prejuicios y estereotipos que contribuyeron y permitieron la violación sistemática de derechos humanos inherente a un conflicto armado interno.

Lo anterior, en el entendido de que toda construcción prejuiciosa del otro, o tópico destructivo, arrebata la dignidad del sujeto, colocándolo en una posición inferior, restándole su calidad de humano; mientras que el arte y las prácticas artísticas les permiten a todos esos sujetos reconocidos por el derecho, pero invisibilizados por las realidades violentas, resignificarles para dar paso a la aplicación efectiva de las garantías jurídicas.

En la obra de Juan Carlos, *De bueno a malo*, se muestra la complejidad del conflicto armado, de la situación social que viven los campesinos y las clases económicamente pobres de Colombia, especialmente los jóvenes. En el primer plano de la pintura hay una auto representación por parte del autor quien le dispara a una mujer que está arrodillada y tiene el rastro de la sangre producto de los disparos. En segundo plano se aprecian tres casas y un arcoíris, así como un río y el cielo. El tamaño de la víctima con relación al tamaño de Juan Carlos puede obedecer a la temprana edad a la que ingreso a las autodefensas, debido a su condición de orfandad y al asesinato de sus familiares por parte de la misma organización. Por siniestro que parezca, el autor encontró en esta opción de vida una manera de sobrevivir al día a día ante el desamparo al que se vio expuesto.

La razón del ajusticiamiento de sus familiares fue el expendio de drogas. Ante la ausencia del Estado a través de instituciones encargadas del cuidado del menor, los grupos armados se constituyen en una alternativa para superar las rudas condiciones. Es difícil pensar cómo la condición de pobreza lleva a un menor a estar dispuesto a cualquier cosa para sobrevivir, incluso asesinar a otros pese a la culpa que le sobreviene y la incapacidad para olvidar el evento.

Imagen 11. Juan Carlos, *De bueno a malo*, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente de las AUC, reclutado a la edad de 16 años y permaneció allí por 4 años. Mi padre fue asesinado por las Autodefensas. Mi padre era un expendedor de vicio y fue sentenciado. Cuando asesinaron a mi papá, yo tenía doce años. Años atrás de matar a mi papá, en 1992 también ajusticiaron a un hermano mío que también era expendedor de drogas. Yo me uní a la organización (AUC) porque hay un dicho muy mentado que dice: «cuando no puedes con tu enemigo únete a él». En el pueblo no existía otra opción de poder vengarme, me unía a mi enemigo o también iba a ser ajusticiado”.

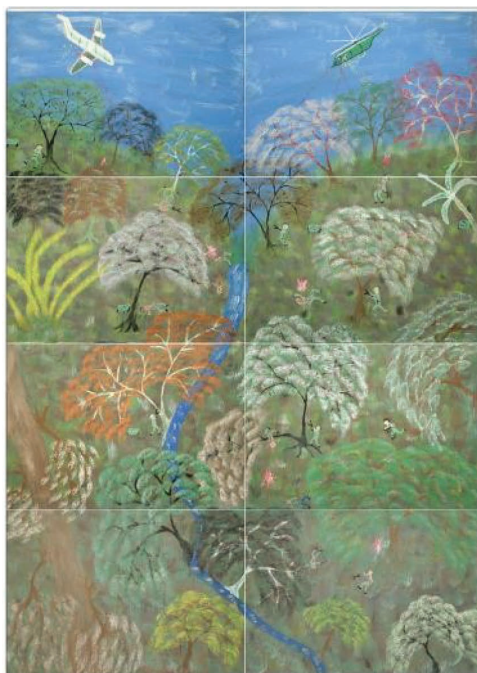
Sin duda la vida de los combatientes en medio del conflicto no es sencilla, más cuando su jerarquía dentro de la organización los pone en una posición de subordinación. Como en el caso de *La tristeza de Manuel*, pintura elaborada por Germán en la que se observa una selva tupida llena de árboles de todas las formas y colores, como manchas diminutas aparecen hombres que se resguardan de un bombardeo adelantado por la Fuerza Aérea en su contra, lo cual se refuerza con el avión y el helicóptero que aparecen en la escena.

Algunas figuras humanas están ensangrentadas, así el autor representa el duelo por la pérdida de sus compañeros, pero sin duda, lo más difícil es considerar el escaso valor de la vida de un guerrillero raso. Según el testimonio de

Germán, los superiores ajustician a todos aquellos que por alguna razón no se pueden mover, mientras encuentran vías seguras de escape en contraposición de los demás guerrilleros. Resulta conmovedor el testimonio, en la medida del tiempo que siente Germán por su vida ante la conciencia de los compañeros muertos o heridos.

Finalmente, como una metáfora de transformación o de una muerte simbólica ante la crudeza de la situación el autor rebela el cambio de su identidad, su nombre de combatiente fue Manuel, pero tras salir del conflicto se llama Germán.

Imagen 12. German, *La tristeza de Manuel*, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

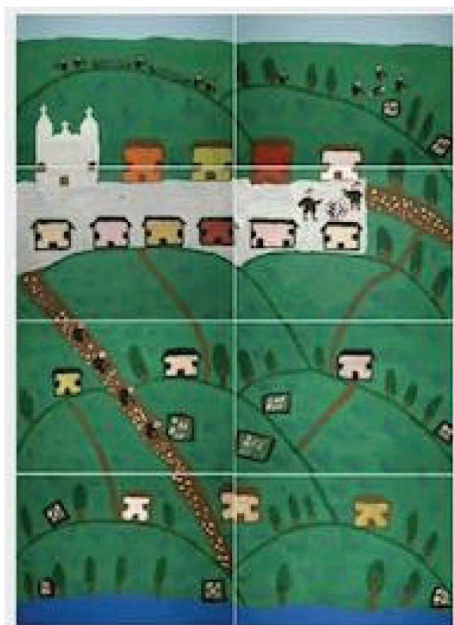
“Excombatiente FARC. ‘Ese día nos bombardearon. Murieron como sesenta. Muchos nos escondimos detrás del árbol más grueso que pudimos localizar. Uno sinceramente siente miedo. Uno ve que unos lloran, otros gritan. Ya cuando pasa el susto, solamente quedan los lamentos, queda la tristeza de todos, de los compañeros que mataron. Yo, sinceramente, estuve cerquita del otro lado. El comandante es el primero que sale del campamento cuando hay algún bombardeo. Son

los primeros que buscan la trocha y se salvan, sin importar que quede más gente. Si muere el resto, para ellos no es nada. En caso de que haiga enfermos que no puedan moverse, llegan y los ajustician: sacan el revólver o el fusil, y los matan como si nada, pa' que no quede evidencia. ¿El título? Porque allá yo era Manuel y aquí ya soy German”.

Andrés fue miembro de las autodefensas; en su pintura *Tiempo de masacre* evoca un evento ocurrido en Cristales, Antioquía. La pintura en formato vertical está formada por ocho secciones, donde un grupo de hombres vestidos de negro recorren el pueblo y asesinan a los civiles. Según el testimonio de Andrés, siguiendo las órdenes de sus superiores, además de asesinar a las personas, se les ordenaba dormir sobre sus cadáveres como parte de las estrategias de las autodefensas para normalizar el contacto con la muerte y hacerles perder el miedo.

En diferentes partes de la pintura aparecen cuadrados negros con figuras que parecen ser formas humanas, a manera de fosas comunes donde el rojo de la sangre y color piel le dan al paisaje detalles bizarros. Además, le da al espectador una idea de la dimensión del conflicto y las prácticas ejercidas en la guerra por los distintos actores beligerantes.

Imagen 13. Andrés, *Tiempo de masacre*, 2007-2009.



De la serie pictórica *La guerra que no hemos visto*, Fundación Puntos de Encuentro, bajo la dirección del artista Juan Manuel Echavarría.

“Excombatiente de las AUC. Ingresó a la edad de 18 años y permaneció allí 4 años. Esta pintura se llama tiempo de masacre porque eso fue una masacre. Todos los días le tocaba a uno ver sangre y los comandantes, pues, como siempre, relajados por allá en las casas durmiendo, y los patrulleros: – ¡Vayan, hagan todo!–. Pa’ que no nos diera mucho miedo, nos mandaban a dormir encima de ellos, de las fosas. Eso la primera noche uno no dormía. Ya el resto relajado, ya llega uno y se acostaba. Ya no pensaba uno en nada. Eso ya se vuelve como una rutina”.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BENJAMIN, Walter: *Discursos Interrumpidos I. Filosofía Del Arte y de La Historia*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A. de Ediciones, 1989.
- BURGOS, Alejandro: ¿Qué Es Un Símbolo? ¿Cómo Se Genera Un Símbolo? ¿Quién Crea Los Símbolos? ¿Sirven Los Símbolos Para Hacer Justicia? En *Conversatorios de Arte y DDH*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 21-26.
- CARRIZOSA, Catalina: *El trabajo de la memoria como vehículo de empoderamiento político: La experiencia del Salón del Nunca Más*, Boletín de Antropología Universidad de Antioquia 25, n.º 42 (2011), pp. 36-56.
- CELANO, Bruno: *El Ángulo Muerto de Hart. La Pieza Que Falta En “The Concept of Law”*, DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho 37 (2014), pp. 143-60.
- FIGUEROA, Cristina, y MORENO, Oscar: *Reparación Simbólica: Procesos Artísticos y Pedagógicos En Escenarios Sociales*, en *Conversatorio de Arte y DDHH*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 92-112.
- HART, Herbert L.: *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, University Press, 1982.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA: Ley 1448 de 2011 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, Congreso de la República, Diario Oficial 48096 de 10 de junio de 2011.
- PÉCAUT, Daniel: *Guerra Contra La Sociedad*, Bogotá, Espasa, 2001.
- REÁTEGUI, Felix: *Las Víctimas Recuerdan. Notas Sobre La Práctica Social de La Memoria*, en *Recordar en conflicto: iniciativas no oficiales de Memoria en Colombia*, Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2009, pp. 17-42.
- ROJAS, Miguel Enrique: *Lecciones de Derecho Procesal*, Tomo III, Pruebas Civiles, Bogotá, ESAJU, 2015.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, Sentencia N.º 26029, *Denunciar amenazas contra la vida sin que el Estado tome medidas genera responsabilidad estatal*, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, 2014.

SIERRA, Yolanda: *Relaciones Entre El Arte Y Los Derechos Humanos*, Revista Derecho Del Estado, n.º 32 (julio, 2014), pp. 77-100.

– *El Concepto de Litigio Estético*, en Serie Documentos de Trabajo n.º 83 (2015a).

SIERRA, Yolanda: *El Litigio Estético Como Categoría Museológica*, en Serie Documentos de Trabajo n.º 84 (2015b).

SIERRA, Yolanda: *Reparación Simbólica, Litigio Estético y Litigio Artístico*, Serie Documentos de Trabajo n.º 85 (2015c).

TAYLOR, Diana: *El Archivo y El Repertorio. La Memoria cultural performática en las Américas*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2016.

TISCORNIA, Ana: *La Guerra Que No Hemos Visto*, en *La Guerra Que no Hemos Visto: Un Proyecto de Memoria Histórica/The War We Have Not Seen: a Historical Memory Project*, Bogotá, Fundación Puntos de Encuentro, 2009, pp. 22-30.

URREGO, Alirio: *El Genocidio de La U.P.*, El Tiempo, 2 de marzo de 2004.

LEGISLACIÓN

Se consignan en esta sección las novedades legislativas o proyectos normativos en marcha durante el año 2020 que se han considerado más significativos dentro del sector del Derecho del arte. Aparecen ordenados por país o área geográfica de procedencia.

Argentina¹

SUMARIO: I. LEY 27522, DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019, SOBRE BIENES CULTURALES.

I. LEY 27522, DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019, SOBRE BIENES CULTURALES

Disposiciones.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

Artículo 1. Objeto.

La presente ley tiene por objeto dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 10 de 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” aprobada por la ley 19.943 y de esta manera generar un marco regulatorio para los diferentes actores que participan en la comercialización de Antigüedades, Obras de Arte y otros Bienes Culturales.

Artículo 2. Definición.

A los efectos de la presente ley, son consideradas:

a) Antigüedades: todos aquellos objetos que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana u obras conjuntas del hombre y la naturaleza que tienen un valor histórico, artístico, científico o técnico excepcional cuya peculiaridad, unidad y rareza y una antigüedad de existencia del bien no menor a los cien (100) años les confiere un valor excepcional. 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

1. Esta subsección ha sido preparada por Teresa GARCÍA-BARRERO.

y de los dirigentes, pensadores, científicos, artistas y artesanos nacionales. 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 análogos con una antigüedad del bien no menor a los treinta (30) años, una vez cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 21 y 22 de la ley 15.930. Los objetos de mobiliario, instrumentos musicales, tapices, alfombras y trajes con una antigüedad no menor a cien (100) años.

b) Obras de Arte: 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; producciones de arte estatuario.

c) Otros bienes culturales: todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad y rareza les confiere un valor universal o nacional excepcional.

Artículo 3. *Registro.*

Créase el Registro Nacional de Comerciantes de Antigüedades, Obras de Arte y otros Bienes Culturales. Este Registro debe ser en un sistema digitalizado con acceso en línea para cada una de las operaciones a realizar en el marco de la presente ley.

Artículo 4. *Obligación de inscripción.*

Las personas físicas o jurídicas que se dediquen a la comercialización de los bienes descriptos en el artículo 2° deben inscribirse en el Registro creado por esta ley.

Artículo 5. *Requisito para la inscripción.*

A los efectos de la inscripción en el Registro, los actores establecidos anteriormente deben presentar la siguiente documentación:

- a) Constancia del CUIT de la persona física o jurídica;
- b) Constancia de inscripción ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP);
- c) En caso de ser persona física, deberá presentar el certificado de reincidencia emitido por el Registro Nacional de Reincidencia dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación;

d) En caso de ser persona jurídica, el o los titulares deberán presentar el certificado de reincidencia emitido por el Registro Nacional de Reincidencia dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Artículo 6. *Procedimiento para la inscripción.*

Cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 5° de la presente ley, la autoridad de aplicación procederá a la inscripción, asignando el número de inscripción correspondiente.

Artículo 7. *Certificado de Acreditación.*

Una vez realizada la inscripción en el Registro la autoridad de aplicación deberá expedir un certificado que tendrá validez para ser presentado ante cualquier autoridad que lo requiera.

En dicha certificación deben constar:

a) Los datos del o los titular/es: nombre, razón social, domicilio legal o fiscal, CUIT y número y fecha de registración como también la fecha de inicio de actividades.

b) Las observaciones realizadas por el Registro Nacional de Comerciantes de Antigüedades, Obras de Arte y otros Bienes Culturales.

Artículo 8. *Comercialización.*

Cada operación de compra, venta o consignación realizada por los sujetos contenidos en el artículo 4° de la presente ley deberá ser declarada en el Registro Nacional de Comerciantes de Antigüedades, Obras de Arte y otros Bienes Culturales.

Artículo 9. *Datos.*

Para cada operación de compra, venta o consignación de Antigüedades, Obras de Arte y otros Bienes Culturales se deberán incorporar al Registro los siguientes datos:

a) Constancia de todas las operaciones de compra y recepción en calidad de consignación de bienes culturales constando datos del vendedor o consignador (DNI o pasaporte o en caso de personas jurídicas, estatutos societarios) y descripción detallada del bien cultural, una fotografía descriptiva y valor del mismo.

b) Constancia de todas las operaciones de venta o enajenación de bienes culturales constando datos del comprador o receptor del mismo (DNI o pasaporte o en caso de personas jurídicas, estatutos societarios) y su valor.

c) A los fines y efectos de la presente ley, los Comerciantes de Antigüedades, Obras de Arte y otros Bienes Culturales deberán realizar un inventario

de todos los bienes, según definición del artículo 2°, obrantes en su poder al momento de iniciar el Registro que pasará a formar parte de este mismo.

Artículo 10. *Publicidad del Registro.*

El Registro Nacional de Comerciantes de Antigüedades, Obras de Arte y otros Bienes Culturales tendrá carácter reservado y sólo permitirá el acceso a los sujetos legitimados.

Son sujetos legitimados, quienes la autoridad de aplicación determine, funcionarios públicos competentes mediante solicitud fundada y con los niveles de acceso que establezca la reglamentación.

Artículo 11. *Declaración Jurada.*

La información provista al Registro Nacional de Comerciantes de Antigüedades, Obras de Arte y otros Bienes Culturales revestirá carácter de Declaración Jurada.

La falsedad de la información suministrada será sancionada por la autoridad de aplicación, conforme a la gravedad de la falta y el carácter de reincidente del infractor, con:

- a) Apercibimiento;
- b) Suspensión de la inscripción en el Registro, de tres (3) meses a un (1) año; y
- c) Cancelación de la inscripción señalada en el inciso anterior.

Las sanciones no son excluyentes y podrán aplicarse de forma concurrente, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones civiles o penales que pudieran corresponder. Se considerará reincidente al que, dentro del término de cinco (5) años anteriores a la fecha de comisión de la infracción, haya sido sancionado por otra infracción.

Artículo 12. *Comprobación.*

Los Comerciantes de Antigüedades, Obras de Arte y otros Bienes Culturales deben al momento de adquirir o recibir en consignación bienes culturales comprobar con la debida diligencia el origen lícito de los mismos, incluyendo la consulta de cualquier registro de objetos culturales robados u otra documentación pertinente.

Artículo 13. *Infracción.*

Es infracción a la presente ley el ejercicio de la actividad sin estar inscripto en el Registro creado por la presente ley.

Cláusula Transitoria. Las entidades deben acreditar su calidad de inscriptas en el Registro creado por la presente ley, dentro de los ciento ochenta (180) días a partir de la puesta en funcionamiento del Registro.

Artículo 14. *Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.*

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, EL VEINTE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE.

REGISTRADO BAJO EL N.º 27522

MARTA G. MICHETTI – EMILIO MONZO – Eugenio Inchausti – Juan P. Tunessi

Ciudad de Buenos Aires, 19/12/2019

En virtud de lo prescripto en el artículo 80 de la Constitución Nacional, certifico que la Ley N.º 27.522 (IF-2019-105631179-APN-DSGA#SLYT) sancionada por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN el 20 de noviembre de 2019, ha quedado promulgada de hecho el día 12 de diciembre de 2019.

Dése para su publicación a la Dirección Nacional del Registro Oficial, gírese copia al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN y, para su conocimiento y demás efectos, remítase al MINISTERIO DE CULTURA. Cumplido, archívese. Vilma Lidia Ibarra.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NORMATIVA ESTATAL. 1. *Lanzamiento del proceso de modificación de la ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, por el Ministerio de Cultura.* 2. *Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019.* III. NORMATIVA AUTONÓMICA. 1. *Castilla-La Mancha. Ley 9/2019, de 13 de diciembre, de Mecenazgo Cultural de Castilla-La Mancha.* 2. *Extremadura. Ley 5/2020, de 1 de diciembre, de Instituciones Museísticas de Extremadura.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde finales del año 2019 y a lo largo del 2020 se han aprobado normas relevantes en materia de promoción de la cultura y protección del patrimonio cultural tanto a nivel estatal como por parte de dos comunidades autónomas, Castilla La Mancha y Extremadura. A nivel estatal, se ha lanzado el proceso de modificación de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, por el Ministerio de Cultura. El proceso se encuentra aún en fase de proyecto, cuyo plazo de consulta pública finalizó el pasado 8 de diciembre de 2020. Asimismo, se ha aprobado el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-2019. Como indica el propio nombre de la norma, ésta se aprobó en respuesta a la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19, y fue promulgada en el marco del estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria declarada mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Transcribimos de él el capítulo IV y la parte correspondiente de la exposición de motivos.

En el plano autonómico fue aprobada en primer lugar la Ley 9/2019, de 13 de diciembre, de mecenazgo cultural de Castilla-La Mancha, con el objeto de articular

1. Esta subsección ha sido preparada por Teresa GARCÍA-BARRERO y María Luisa MACÍAS ROMERO.

un modelo de mecenazgo cultural en la región mediante mecanismos que favorezcan la participación ciudadana. Por último, también fue objeto de promulgación la Ley 5/2020, de 1 de diciembre, de instituciones museísticas de Extremadura, que pretende dotar a la Comunidad Autónoma de un texto en el que queden definidas, ordenadas y articuladas las instituciones museísticas, y que facilite la organización, gestión y planificación de las mismas. De estas dos normas autonómicas, por razones de espacio, transcribimos solo sus exposiciones de motivos.

II. NORMATIVA ESTATAL

1. LANZAMIENTO DEL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 16/1985, DE 25 DE JUNIO, DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL, POR EL MINISTERIO DE CULTURA

El Ministerio de Cultura y Deporte elevó a Consulta pública el Proyecto de modificación de la legislación de Patrimonio Histórico Español. Según se señala en la documentación pública el objetivo de la norma es (i) la actualización y adecuación de la norma al desarrollo posterior de las nociones de patrimonio; (ii) la incorporación en la norma del espíritu y motivaciones de las Convenciones Internacionales ratificadas por España; (iii) mejorar las herramientas de protección, conservación y difusión del patrimonio histórico español; (iv) la coordinación y colaboración con el resto de administraciones que concurren en las competencias en materia de Cultura y patrimonio histórico y, por último, (v) adaptar el Régimen de los Bienes de Interés Cultural a la Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2014, de 17 de julio.

Con la modificación de esta normativa se pretende dar solución a diversas cuestiones como son la aparición y desarrollo de nuevos tipos de patrimonio no recogidos en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, algunos con regulación propia posterior, como el patrimonio cultural inmaterial. La aprobación posterior de Convenciones Internacionales, que afectan directamente a tipos del patrimonio histórico español de notable riqueza y fragilidad, como es el patrimonio arqueológico subacuático. Al desafío de la lucha contra la expoliación y el tráfico ilícito, que continúa siendo una lacra que menoscaba el patrimonio histórico español. Y al desfase de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, respecto a la regulación posterior en la materia de todas las Comunidades Autónomas.

El plazo de consulta pública finalizó el pasado 8 de diciembre de 2020. El proyecto puede pasar otro trámite de audiencia pública en el que ya podremos contar con el texto del borrador del Proyecto. Después de finalizar el plazo de Audiencia pública, en su caso, tiene que pasar por la aprobación del Consejo de Ministros y una vez tenga el visto bueno del Consejo de Ministros, el Proyecto de Ley se presentará al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria.

2. REAL DECRETO-LEY 17/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS DE APOYO AL SECTOR CULTURAL Y DE CARÁCTER TRIBUTARIO PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-2019

Entre los sectores económicos especialmente afectados por la crisis y sus consecuencias se encuentra el de la cultura. El conjunto de los espacios culturales y escénicos se ha visto absolutamente paralizado, lo que ha abocado a sus profesionales a una drástica pérdida de ingresos y a una situación crítica, dada su fragilidad estructural. Para hacer frente a esa situación, es imprescindible implementar nuevas medidas que complementen y adapten las ya existentes con carácter general, acomodándolas a las singularidades del sector.

Para ello, es preciso facilitar la financiación del sector, en este sentido, deben arbitrase urgentemente medios especializados y enfocados a las singularidades de estas actividades. Así, se dispone la concesión directa de dos subvenciones a la Sociedad de Garantía Recíproca Audiovisual Fianzas SGR, para ampliar su fondo de provisiones técnicas y subvencionar el coste de la comisión de apertura de los avales de los préstamos al sector cultural, de forma que pueda abrir una línea de acceso a la financiación de los agentes del sector en las condiciones más favorables, con el apoyo del instrumento de garantía financiera del programa Europa Creativa de la Comisión Europea.

Respecto al arte contemporáneo, las ayudas se vertebran, por un lado, incrementando las partidas correspondientes a la promoción del mismo, orientando aquellas a hacer frente de forma inmediata al impacto negativo de la crisis sanitaria del COVID-19. Y, por otro, mediante una dotación extraordinaria para la adquisición de arte contemporáneo español. Con ello se favorecerá el mercado interno de arte contemporáneo, al que por primera vez se le dedicará una cantidad específica e independiente del resto de presupuesto que anualmente ejecuta la Dirección General de Bellas Artes en la adquisición de piezas para las Colecciones Públicas del Estado.

A continuación transcribimos los apartados del Real Decreto-ley que se refieren específicamente a la órbita del arte:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

(...)

II

(...) El capítulo IV regula las medidas relativas al sector del libro y al arte contemporáneo. En primer lugar, se crea un mecanismo extraordinario de ayudas para garantizar el apoyo urgente al mantenimiento de las estructuras del sector librero y de la cadena de suministro del libro. El sistema será

implementado por la Dirección General del Libro y Fomento de la Lectura, en ejercicio de sus competencias, basándose en los principios de publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación. Las ayudas se otorgarán siguiendo el procedimiento de concurrencia competitiva, y se regirán también por lo dispuesto en este Real Decreto-ley y en la resolución de convocatoria.

En segundo lugar, y respecto al arte contemporáneo, las ayudas se vertebren, por un lado, incrementando las partidas correspondientes a la promoción del mismo, orientando aquellas a hacer frente de forma inmediata al impacto negativo de la crisis sanitaria del COVID-19. Y, por otro, mediante una dotación extraordinaria para la adquisición de arte contemporáneo español. Con ello se favorecerá el mercado interno de arte contemporáneo, al que por primera vez se le dedicará una cantidad específica e independiente del resto de presupuesto que anualmente ejecuta la Dirección General de Bellas Artes en la adquisición de piezas para las Colecciones Públicas del Estado. La financiación del apoyo previsto en este capítulo implica la concesión del crédito extraordinario correspondiente.

CAPÍTULO IV

Medidas de apoyo al sector del libro y del arte contemporáneo

Artículo 12. *Sistema de ayudas extraordinarias al sector del libro como consecuencia del impacto negativo de la crisis sanitaria del COVID-19.*

1. Se establece, en el ámbito de actuación de la Dirección General del Libro y Fomento de la Lectura, un sistema de ayudas extraordinarias al sector del libro, para el mantenimiento de sus estructuras y de la cadena de suministro del libro, como consecuencia del impacto negativo de la crisis sanitaria del COVID-19. Estas ayudas tendrán carácter excepcional y se concederán por una sola vez, con arreglo a las siguientes condiciones:

a) Las ayudas se otorgarán de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación y mediante el procedimiento de concurrencia competitiva, con las especialidades establecidas en la presente disposición y en la resolución de convocatoria.

b) Las ayudas están dirigidas a aquellas situaciones que de manera indubitada deriven de la emergencia provocada por el COVID-19, en los términos que se señalen en la resolución de convocatoria.

c) El régimen de justificación vendrá fijado en la resolución de convocatoria.

2. Podrán solicitar estas ayudas, con carácter general y en los términos establecidos en la resolución de convocatoria, las librerías independientes,

entendiendo por tales aquellos negocios dedicados a la venta de libros que cuenten con uno o dos establecimientos, con independencia de su número de empleados o sus cifras de facturación, y cuya oferta editorial no esté condicionada por un mayorista o distribuidor, sino que las compras serán consecuencia de su decisión autónoma.

Quedarán excluidos aquellos solicitantes que tengan su residencia fiscal en países y territorios considerados paraísos fiscales en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

No podrán obtener la condición de beneficiarios las personas o entidades en quienes concurra alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

3. Corresponderá a la Dirección General del Libro y Fomento de la Lectura dictar cuantas resoluciones sean necesarias para la tramitación y resolución de los procedimientos de convocatoria y concesión, así como el pago de las ayudas.

4. Estas ayudas se regirán por lo dispuesto en este real decreto-ley y en la resolución de convocatoria. Solo resultará de aplicación lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y su Reglamento de desarrollo, cuando expresamente se disponga.

5. Para proceder al pago de las ayudas a que se refiere este artículo, se autoriza la aplicación del Fondo de Contingencia y la concesión de un crédito extraordinario en el Ministerio de Cultura y Deporte por importe de 4.000.000 euros, en la aplicación presupuestaria 24.03.334B.777 “Ayudas al mantenimiento de la estructura del sector librero y adaptación de las librerías como consecuencia del impacto negativo de la crisis sanitaria del COVID-19”.

La financiación de este crédito extraordinario se realizará de conformidad con el artículo 50 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

6. Para dar cumplimiento a lo anterior se realizarán las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

Artículo 13. *Sistema de ayudas extraordinarias al arte contemporáneo español como consecuencia del impacto negativo de la crisis sanitaria del COVID-19.*

1. Se establece, en el ámbito de actuación de la Dirección General de Bellas Artes, un sistema de ayudas extraordinarias al arte contemporáneo español como consecuencia del impacto negativo de la crisis sanitaria del COVID-19.

Las ayudas se articularán a través de las siguientes líneas, incluidas en el ámbito de actuación de la Dirección General de Bellas Artes:

- a) Ayudas para la promoción del arte contemporáneo español.
- b) Adquisición específica de arte contemporáneo español.

2. Las ayudas para la promoción del arte contemporáneo español se concederán con arreglo a las siguientes condiciones:

a) Las ayudas se otorgarán de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación y mediante el procedimiento de concurrencia competitiva, con las especialidades establecidas en la presente disposición y en la resolución de convocatoria.

b) La valoración de las solicitudes se realizará de acuerdo con los términos fijados en la resolución de convocatoria. Las ayudas contemplarán aquellas situaciones que de manera indubitada deriven de las consecuencias para el sector provocadas por el COVID-19, en los términos que se señalen en la resolución de convocatoria.

c) El régimen de justificación vendrá fijado en la resolución de convocatoria.

3. Las ayudas para la promoción del arte contemporáneo español podrán solicitarlas con carácter general y en los términos establecidos en la resolución de convocatoria, las galerías de arte con sede en territorio español o los artistas visuales, críticos y comisarios residentes en dicho territorio.

Quedarán excluidos aquellos solicitantes que tengan su residencia fiscal en países y territorios considerados paraísos fiscales en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2.º, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

No podrán obtener la condición de beneficiarios las personas o entidades en quienes concurra alguna de las prohibiciones previstas en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

4. Corresponderá a la Dirección General de Bellas Artes dictar cuantas resoluciones sean necesarias para la tramitación y resolución de los procedimientos de convocatoria y concesión, así como el pago de las ayudas.

5. En defecto de lo previsto en este real decreto-ley, será de aplicación supletoria a estas ayudas lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y en su Reglamento de desarrollo.

6. Para proceder al pago de las ayudas a que se refiere este artículo, se autoriza la aplicación del Fondo de Contingencia en el Presupuesto del Ministerio

de Cultura y Deporte por importe de 1.000.000 euros, y la autorización de las siguientes modificaciones presupuestarias:

a) Suplemento de crédito en la aplicación presupuestaria 24.05.333B.471 “Ayudas para la promoción del arte contemporáneo español” por importe de 500.000 euros.

b) Crédito extraordinario en la aplicación presupuestaria 24.05.337C.625 “adquisición de obras de arte contemporáneo español para las Colecciones Públicas del Estado a galerías de arte y a creadores, con residencia fiscal en España” por importe de 500.000 euros.

La financiación de estas modificaciones presupuestarias se realizará de conformidad con el artículo 50 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

7. Para dar cumplimiento a lo anterior se realizarán las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

III. NORMATIVA AUTONÓMICA

1. CASTILLA-LA MANCHA. LEY 9/2019, DE 13 DE DICIEMBRE, DE MECENAZGO CULTURAL DE CASTILLA-LA MANCHA

A continuación transcribimos el texto de la Ley de Castilla-La Mancha 9/2019, de 13 de diciembre, de Mecenazgo Cultural de Castilla-La Mancha:

Las Cortes de Castilla-La Mancha, han aprobado y yo,
en nombre del Rey, promulgo la siguiente Ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El cambio de modelo económico, fruto de las pasadas crisis económicas, presenta un panorama en el que se ha puesto de manifiesto la necesidad de cambios en las estrategias de apoyo a la cultura y estos afectan a las formas de acceso a la financiación, a la reestructuración en las Industrias Culturales y las nuevas formas de consumo cultural entre otros, haciendo necesaria la exploración de nuevas formas de actuar.

La progresiva reducción de los recursos destinados a la cultura lleva a la mayor parte de los proyectos e instituciones del sector a intentar diversificar sus fuentes de ingresos generando nuevos retos que urge atender.

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha promueve esta ley con el objeto de articular el modelo de Mecenazgo Cultural de la región, con la puesta en marcha de mecanismos favorecedores de la participación ciudadana y mediante procesos colaborativos al desarrollo cultural a través del mecenazgo en todas sus vertientes, dentro del marco legal estatal y en desarrollo de las competencias propias. Se pretende además del establecimiento de medidas fiscales, fomentar una serie de acciones y medidas que potencien las sinergias creando una situación favorecedora para la colaboración de los ciudadanos, las empresas y las administraciones en los procesos concluyentes en el desarrollo de la cultura. También con esta ley se pretende desarrollar una política activa de promoción de las industrias culturales como eje prioritario, entendiendo que la consecución de la industrialización del sector cultural tiene implícita su sostenibilidad, gracias a la autonomía, y al fruto de la diversificación de los recursos necesarios entre ellos los procedentes del mecenazgo.

II

La promoción de la cultura aparece como uno de los objetivos de la Nación española en el Preámbulo de nuestra Constitución y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha pretende fomentarla para que sea más accesible a la sociedad. Con ese fin esta ley articula diversas acciones que vengan a materializar y facilitar la citada accesibilidad y contribuir a que la ciudadanía participe en la persecución de este objetivo.

El marco legal estatal se asienta básicamente sobre la existencia de tres Leyes; una de naturaleza fiscal, la actual Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, cuya finalidad es incentivar la colaboración particular en la consecución de fines de interés general, en atención y reconocimiento a la cada vez mayor presencia del sector privado en estos procesos. La Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, que tiene por objeto desarrollar el derecho de fundación, reconocido en el artículo 34 de la Constitución y establecer las normas de régimen jurídico de las fundaciones que corresponde dictar al Estado. Y, por último, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre sociedades, la cual modifica los incentivos fiscales al Mecenazgo.

A su vez, en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en su artículo 4, se marca el objetivo de garantizar el acceso de todos los ciudadanos de la región a los niveles educativos y culturales que les permitan su realización cultural y social. En el artículo 31.1.17.^a se atribuye a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la competencia exclusiva sobre el fomento de la cultura y de la investigación, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2 del artículo 149 de la Constitución, prestando especial atención

a las distintas modalidades culturales de carácter regional. A su vez se han aprobado la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, que es la norma principal que ha de regir y garantizar la protección, conservación del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, la Ley 2/2014, de 8 de mayo, de Museos de Castilla-La Mancha, norma que regula las instituciones museísticas regionales, y la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de la Lectura y de las Bibliotecas de Castilla-La Mancha, que viene a fomentar la lectura y a regular las bibliotecas en la región y la Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha, cuyo objeto es ordenar la organización y funcionamiento de los archivos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, así como el derecho de acceso de los ciudadanos a los mismos.

Las diferentes estrategias que emanan de Europa, a través de los planes y programas de la Comisión Europea, establecen fórmulas que pretenden un crecimiento sólido de Europa, persiguiendo que esta salga fortalecida de la crisis y se convierta en una economía inteligente, sostenible e integradora, que disfrute de altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social, las industrias culturales constituyen un sector estratégico para estos fines, y su fortalecimiento es vital en este proceso sobre todo de cara al horizonte 2020.

Por tanto, esta ley pretende contribuir por un lado a la continuación de una política de apoyo global al desarrollo cultural de la región con especial atención a las Industrias Culturales y por otra a regular, sistematizar e incentivar, el fomento del mecenazgo, a través de un plan estructural de amplio alcance como estrategia prioritaria en materia de política cultural, estableciendo sus fuentes de financiación y estableciendo nuevas formas de incentivo fiscal, favorecedoras de su desarrollo.

Las materias reguladas por esta ley se encuentran dentro de las competencias legislativas atribuidas a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por los artículos 31.1.12.^a, “Planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la región, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público económico de Castilla-La Mancha”, y 31.1.17.^a, fomento de la cultura y de la investigación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Constitución, prestando especial atención a las distintas modalidades culturales de carácter regional, del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto.

Dentro del fomento del Mecenazgo Cultural se van a regular una serie de beneficios fiscales en materia tributaria.

En este sentido, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, establece en su artículo 19.2 que, en

caso de tributos cedidos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir, en los términos que establezca la ley que regule la cesión de tributos, determinadas competencias normativas.

Así, la Ley 25/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, establece en su artículo 2.2 que “De acuerdo con lo dispuesto en el art. 150.1 de la Constitución y conforme a lo previsto en el art. 19.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, se atribuye a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha la facultad de dictar para sí misma normas legislativas, en los casos y condiciones previstos en la Ley 22/2009, 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”.

La Ley 22/2009, de 18 de diciembre, establece en su artículo 46 el “alcance de las competencias normativas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas”, y en su artículo 48 el “alcance de las competencias normativas en el impuesto sobre sucesiones y donaciones”, tributos regulados en esta ley y que se adecúan a los términos establecidos en los citados artículos.

III

La presente ley se estructura en cuatro títulos, veinticuatro artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales.

El Título I.– Disposiciones Generales. En él se establece el objeto y alcance de esta ley estableciendo los beneficiarios de la misma, y su ámbito de aplicación en referencia al objeto de la misma en materia de promoción de la cultura y fomento del Mecenazgo Cultural, se constituyen a su vez los principios de actuación y las definiciones pertinentes para su correcta aplicación.

El Título II.– De la promoción y desarrollo del Mecenazgo Cultural, en él se establecen las diferentes medidas para el correcto desarrollo del Mecenazgo Cultural; para ello se articulan diferentes acciones encaminadas al establecimiento de un plan de mecenazgo regional, el establecimiento de medidas de reconocimiento a la labor de los mecenas, la vertebración de órganos de participación en forma de consejo regional y la creación de estructuras técnicas para la gestión de todo lo referido a esta materia.

El Título III.– De las modalidades de Mecenazgo Cultural, que establece los modos en que podrá realizarse el Mecenazgo Cultural conforme a esta ley,

instaurando tres modalidades, a través de donaciones y legados, a través de préstamos de uso o comodato, y a través de convenios de colaboración.

El Título IV.— Medidas tributarias, que determina la compatibilidad y requisitos para la aplicación de los beneficios fiscales y la base de las deducciones y de las reducciones de la base imponible a su vez establece la regulación de las medidas de beneficio fiscal a través del denominado crédito fiscal y su aplicación.

Se contemplan dos disposiciones adicionales, la primera sobre el desarrollo de una aplicación informática para la gestión del Mecenazgo Cultural, y la segunda referida a la puesta en marcha de una campaña de información sobre la ley. Una disposición derogatoria única, y tres disposiciones finales, la disposición final primera que modifica la Ley 8/2013, de 21 de noviembre (LCLM 2013, 271), de Medidas Tributarias, para el establecimiento de deducción por donaciones de bienes culturales y contribuciones a favor de la conservación, reparación y restauración de bienes pertenecientes al patrimonio cultural de Castilla-La Mancha en el Impuesto de Renta de las Personas Físicas, y las reducciones de la base imponible en el impuesto de Sucesiones y Donaciones, la disposición final segunda que habilita para el desarrollo reglamentario de la ley y la disposición final tercera que dispone la entrada en vigor de la ley.

(...)

2. EXTREMADURA. LEY 5/2020, DE 1 DE DICIEMBRE, DE INSTITUCIONES MUSEÍSTICAS DE EXTREMADURA

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA DE EXTREMADURA

La Asamblea de Extremadura ha aprobado y yo, en nombre del Rey, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del Estatuto de Autonomía, promulgo la siguiente ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

Las Instituciones Museísticas de Extremadura, además de constituir una parte fundamental del patrimonio cultural de la Comunidad Autónoma por los

bienes que custodian, son espacios vitales para el desarrollo de la cultura y de la sociedad, actúan como soporte de la memoria colectiva y como referentes de la identidad de la región erigiéndose en instrumentos eficaces de comunicación de conocimientos, ideas y emociones en el entorno en el que interactúan. Estos factores hacen necesario que desde la Administración competente se garantice que las Instituciones Museísticas ofrezcan servicios de calidad a la ciudadanía, permitiéndoles no sólo disfrutar de un patrimonio que les pertenece sino también salvaguardar y promover la diversidad, igualdad y colaboración.

De conformidad con el artículo 148.1.15.^a de la Constitución Española las CC.AA pueden asumir competencias sobre museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés general para la Comunidad. Por otra parte el artículo 149.1.28.^a de la Constitución prevé que al Estado le corresponde siempre la competencia sobre los museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por las CC.AA.

Al amparo de dichos preceptos el artículo 9.1.48 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, dispone que la Comunidad ostenta la competencia exclusiva en materia de museos, archivos, bibliotecas y otros centros culturales y de depósito de interés para la Comunidad Autónoma que no sean de titularidad estatal. Y por otro lado, el artículo 11.10 del Estatuto de Autonomía, le atribuye como competencia ejecutiva “los museos, archivos, bibliotecas y otras colecciones de naturaleza análoga de titularidad estatal cuya gestión no se reserve el Estado”.

La Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura establece que la conservación, enriquecimiento y difusión del patrimonio histórico constituye, en un Estado social y democrático de Derecho, una obligación de los poderes públicos que aparece jurídicamente consagrada en la Constitución Española de 1978, en su artículo 46.

La Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura dedica el título V (artículos 61 a 72) a los museos. Por otra parte, la Ley 3/2011, de 17 de febrero, modificación parcial de la Ley 2/1999, modifica los artículos 63, 66 y 67 y su disposición adicional primera.

La Comunidad Autónoma de Extremadura posee, asimismo, la función ejecutiva en la gestión de los museos de titularidad estatal, en el marco de los oportunos convenios, según Resolución de 9 de mayo de 1989, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a los convenios entre el Ministerio de Cultura y la Comunidad Autónoma de Extremadura, sobre la gestión de bibliotecas, museos y archivos de titularidad estatal (BOE de 13 de junio de 1989).

Con anterioridad a este marco regulador y a fin de habilitar las medidas oportunas para arbitrar la comunicación entre los distintos museos y colecciones de Extremadura, la Administración regional elaboró el Decreto 110/1996, de 2 de julio, por el que se creó la red de Museos y Exposiciones Museográficas Permanentes de Extremadura.

Toda esta legislación de referencia ha proporcionado, hasta ahora, un esbozo normativo para los museos de la región en el que la realidad museística de Extremadura ha sido abordada de forma muy general para responder al conjunto de Instituciones Museísticas existentes desde hace más de dos décadas pero, transcurrido el tiempo, el notable cambio experimentado en este sector unido a las nuevas demandas y hábitos de las personas usuarias para con las Instituciones Museísticas constatan la conveniencia de que la Junta de Extremadura aborde una norma legislativa que las regule de forma más exhaustiva, teniendo en cuenta los parámetros y exigencias de la sociedad actual, ampliando las posibilidades de estas instituciones y enriqueciendo la oferta de servicios a la ciudadanía.

En los últimos años las Instituciones Museísticas han generado un interés creciente por parte del Turismo Cultural practicado por aquellos ciudadanos que buscan el disfrute de un Patrimonio Cultural que les pertenece. De modo que actualmente los museos son una atracción turística más, impulsora y dinamizadora de una actividad turística que, a su vez, genera riqueza. Por ello, esta ley en su artículo 2.10 recoge entre sus competencias el fomento, proyección e integración de las Instituciones Museísticas en la vida cultural y social de su ámbito territorial. Sin embargo, en la relación de los museos con el turismo cultural deben primar siempre los motivos culturales y educativos sobre los criterios turísticos y económicos. No hay que olvidar que el objetivo principal de los museos es la preservación y protección de sus colecciones frente a los elementos de riesgo potenciales del turismo de masas, especialmente en edificios no concebidos originariamente para gestionar una afluencia masiva de visitantes.

El conjunto de Instituciones Museísticas de Extremadura se ha incrementado notablemente, no sólo en número sino en variedad y complejidad. Junto a los museos como espacios que reúnen todas las características establecidas en la definición que el Consejo Internacional de Museos, ICOM, hace del término, han surgido nuevos espacios con objetivos y funciones coincidentes con el museo como la protección y difusión del patrimonio cultural. Ahora, junto a los Museos, las Colecciones Museográficas y los Centros de Interpretación articulan nuestro territorio proporcionando un tejido sociocultural para el desarrollo y disfrute de la cultura, un mapa de lo que a partir de ahora llamaremos Instituciones Museísticas de Extremadura.

El concepto de Institución Museística engloba espacios diversos, con características y procedimientos de gestión en el desarrollo de las funciones propias de cada uno. Es por tanto ineludible dotar a Extremadura, de acuerdo a los principios que rigen la calidad normativa, de un texto donde queden definidas, reguladas, ordenadas y articuladas las Instituciones Museísticas, dotándolas de una norma actualizada que facilite su organización, gestión y planificación, evitando la diversidad y disparidad de procedimientos en el desarrollo de las funciones propias de cada una de las categorías.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Directiva Europea 2016/123 y 6 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, dado que concurren razones imperiosas de interés general cual es la conservación y protección del patrimonio histórico artístico se establece el sentido negativo del silencio administrativo en los procedimientos previstos en el artículo 11 y 35 de esta ley.

Esta ley respeta los preceptos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura. Hace especial incidencia de la ley autonómica en los principios recogidos en el artículo 14, sobre la obligatoriedad de las personas titulares de las Instituciones Museísticas pertenecientes a la Red de Instituciones Museísticas de Extremadura de elaborar estadísticas de visitantes desagregados por sexo, y en el artículo 21, de la representación equilibrada en la designación y composición de la Comisión Técnica de Instituciones Museísticas de Extremadura.

Así mismo, esta ley cumple con lo dispuesto en el artículo 7.12 del Estatuto de Autonomía de Extremadura sobre la igualdad de la mujer en todos los ámbitos de la vida pública, familiar, social, laboral, económica y cultural.

Y para conseguir estos objetivos la Ley que establece la ordenación de las Instituciones Museísticas de Extremadura, se estructura en seis títulos, que suman 50 artículos, a los que hay que añadir tres disposiciones adicionales, dos transitorias, tres derogatorias y tres finales.

II

El Título preliminar fija las disposiciones generales relativas al objeto, ámbito de aplicación, competencias y principios generales de colaboración y promoción de las Instituciones Museísticas de Extremadura.

III

El Título I, Instituciones Museísticas de Extremadura, ha sido dividido en dos capítulos. El Capítulo I define y regula las diferentes categorías de Instituciones Museísticas constituidas por los Museos propiamente dichos, las Colecciones Museográficas y los Centros de Interpretación, estableciendo las funciones que cada uno ha de cumplir así como quiénes son sus titulares. El Capítulo II aborda el procedimiento a seguir para la creación o reconocimiento de una Institución Museística según sean o no titularidad de la Comunidad Autónoma.

IV

El Título II, la Red de Instituciones Museísticas de Extremadura se organiza en dos capítulos. El Capítulo I define la Red de Instituciones Museísticas de Extremadura, establece sus objetivos y composición, obligaciones de sus titulares y beneficios de la incorporación a la Red. El Capítulo II regula la organización y funcionamiento del Registro de la Red de Instituciones Museísticas de Extremadura, así como las causas de baja en el mismo.

V

El Título III define el Sistema de Instituciones Museísticas de Extremadura y su Comisión Técnica, establece su composición, así como las obligaciones y efectos de la pertenencia al Sistema.

VI

El Título IV, denominado Gestión de las Instituciones Museísticas de Extremadura, se estructura en dos capítulos. En el capítulo I se detalla la planificación, estructura y personal con el que deben contar las Instituciones Museísticas pertenecientes al Sistema y se abordan los diferentes servicios entre los que destacan las bibliotecas y los centros de documentación. En el Capítulo II se establece el Régimen de acceso y de visita pública de los centros integrados en el Sistema.

VII

El Título V está dedicado a los fondos museísticos bajo la denominación de Fondos de las Instituciones Museísticas de Extremadura y se divide en seis

capítulos. En el Capítulo I queda definida la Colección Museística de Extremadura, el Capítulo II recoge los diferentes modos de ingreso y salida, así como a la gestión de los mismos. El Capítulo III se centra en el sistema de gestión documental, el Capítulo IV en la conservación y restauración, el Capítulo V regula la obtención de imágenes, copias y reproducciones y el Capítulo VI cita otras medidas de protección de los fondos museísticos.

VIII

El Título VI regula el régimen sancionador, estableciendo y graduando los diferentes tipos de infracciones y su correspondiente sanción.

IX

La disposición adicional primera establece que se mantenga vigente el actual Registro de Museos y Exposiciones Museográficas Permanentes hasta la constitución del Registro de la Red de Instituciones Museísticas de Extremadura.

La disposición adicional segunda contempla la posibilidad de adscripción de las colecciones históricas depositadas en centros docentes de titularidad autonómica a la Colección Museística de Extremadura.

La disposición transitoria primera establece el periodo de vigencia del Registro de Museos y Exposiciones Museográficas Permanentes creado por Decreto 110/1996, de 2 de julio.

La disposición transitoria segunda regula el procedimiento provisional y los plazos establecidos para inscribirse con carácter definitivo como Museo, Colección Museográfica o Centro de Interpretación, en el Registro de la Red Instituciones Museísticas de Extremadura.

Las disposiciones derogatorias primera, segunda y tercera derogan todas las normas de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuestos en la presente ley y, en particular el título V de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura y el Decreto 110/1996, de 2 de julio, sobre la creación de la Red de Museos y Exposiciones Museográficas Permanentes de Extremadura.

La disposición final primera determina que será de aplicación a las Instituciones Museísticas de Extremadura lo dispuesto en la legislación general reguladora de patrimonio histórico.

La disposición final segunda autoriza al Consejo de Gobierno a actualizar las cuantías previstas en esta ley, de conformidad con el índice de precios al consumo o índice alternativo, así como a dictar las normas necesarias para el desarrollo y ejecución de la ley.

Concluye con la disposición final tercera la cual articula la entrada en vigor de esta ley.

En virtud de lo expuesto, y de conformidad con la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a propuesta de la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Gobierno en sesión celebrada el día 3 de diciembre de 2019.

(...)

México¹

SUMARIO: I. CIUDAD DE MÉXICO. LEY DE PATRIMONIO CULTURAL, NATURAL Y BIOCULTURAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO, DE 29 DE OCTUBRE DE 2020.

I. CIUDAD DE MÉXICO. LEY DE PATRIMONIO CULTURAL, NATURAL Y BIOCULTURAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO, DE 29 DE OCTUBRE DE 2020

Ley de Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México

TÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES CAPÍTULO ÚNICO OBJETO, DEFINICIONES Y PRINCIPIOS

Artículo 1.

La presente Ley es de orden e interés público, y de observancia general en la Ciudad de México y tiene por objeto:

- I. Garantizar los derechos humanos, relativos a la identificación, registro, preservación, protección, conservación, revalorización, restauración, investigación, difusión y enriquecimiento del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural;
- II. Definir los lineamientos que el Gobierno de la Ciudad y las Alcaldías observarán para garantizar la salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural; y
- III. Establecer los mecanismos de participación social y coordinación con autoridades, en la identificación, preservación, protección y transmisión del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural.

1. Esta subsección ha sido preparada por Teresa GARCÍA-BARRERO.

Artículo 2.

Se considera Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México, los elementos y manifestaciones materiales e inmateriales de la actividad humana y del entorno natural a los que se reconoce por tener un valor excepcional con significado social, y que requieren ser salvaguardados.

Artículo 3.

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

- I. Catálogo: Registro ordenado en el que se describe de manera individual los elementos y bienes del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad;
- II. Comisión Interinstitucional: Comisión Interinstitucional del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México;
- III. Memoria histórica: Conjunto de narrativas, historias, saberes, tradiciones, leyendas y acontecimientos que forman parte de la identidad colectiva en la Ciudad;
- IV. Plan de Manejo: Instrumento de planeación, estrategias y gestión que comprende el conjunto de acciones, normas, procedimientos y medios viables que permitirán el manejo integral de los bienes declarados como Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural, con el propósito de minimizar su deterioro o pérdida y maximizar su protección, conservación y salvaguardia;
- V. Plan de Salvaguardia: Instrumento de gestión del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural declarado, en el que se establecen las medidas y acciones necesarias para garantizar la viabilidad del elemento al que se refiere.
- VI. Salvaguardia: Conjunto de medidas de carácter jurídico, técnico administrativo y financiero, para la preservación y enriquecimiento de los elementos del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad, que incluyen, entre otras acciones, la identificación, documentación, investigación, protección, promoción, difusión, valoración, transmisión y revitalización de esos elementos.

Artículo 4.

En esta ley se utilizarán las siguientes referencias:

- I. Ciudad: Ciudad de México;
- II. Constitución: Constitución Política de la Ciudad de México;

- III. Congreso: Congreso de la Ciudad de México;
- IV. Consejo Social: Consejo Social Consultivo del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México;
- V. Jefatura de Gobierno: Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México;
- VI. Ley: Ley de Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México;
- VII. Ley de Derechos de los Pueblos: Ley de Derechos de los Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes en la Ciudad de México;
- VIII. PAOT: Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de la Ciudad de México;
- IX. Plataforma Digital: Plataforma Digital del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México;
- X. Programa: Programa de Salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México;
- XI. Secretaría: Secretaría de Cultura de la Ciudad de México;
- XII. Secretaría Técnica: Secretaría Técnica de la Comisión Interinstitucional;
- XIII. UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Artículo 5.

La salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad corresponde a las autoridades, instituciones públicas y privadas, y en general a todas las personas que habitan y visitan la Ciudad. El Gobierno de la Ciudad, coadyuvará en términos de la Legislación Federal de la materia, para la protección de las Zonas y Monumentos Arqueológicos, Históricos y Artísticos, que se ubiquen dentro del territorio de la Ciudad, que sean competencia del ámbito federal.

Artículo 6.

Para la aplicación e interpretación de la presente Ley, se atenderán de manera enunciativa y no limitativa, los principios que a continuación se enlistan:

- I. Accesibilidad;
- II. Corresponsabilidad;
- III. Igualdad Sustantiva;

- IV. Interdependencia;
- V. Indivisibilidad;
- VI. Paridad de Género;
- VII. Participación;
- VIII. Pro persona;
- IX. Progresividad;
- X. Transparencia y rendición de cuentas; y
- XI. Universalidad.

TÍTULO SEGUNDO

De las autoridades

CAPÍTULO I

De las autoridades encargadas de la aplicación de esta Ley

Artículo 7.

Son autoridades encargadas de la aplicación de la presente Ley, las personas titulares de las siguientes dependencias:

- I. Jefatura de Gobierno;
- II. Secretaría de Administración y Finanzas;
- III. Secretaría de Cultura;
- IV. Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda;
- V. Secretaría de Educación, Ciencia, Tecnología e Innovación;
- VI. Secretaría de Medio Ambiente;
- VII. Secretaría de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes;
- VIII. Secretaría de Turismo;
- IX. Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial; y
- X. Alcaldías; Las autoridades antes señaladas tendrán en la aplicación de esta Ley la intervención que la misma y su Reglamento señalen.

Artículo 8.

Corresponde a la persona titular de la Jefatura de Gobierno, las atribuciones siguientes:

- I. Emitir declaratorias de protección del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad;
- II. Incluir anualmente en el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Ciudad, los recursos correspondientes al Fondo para el Cuidado del Patrimonio y aquellos necesarios para la ejecución y cumplimiento de lo dispuesto por la presente Ley; III. Expropiar un bien inmueble afecto al Patrimonio Cultural, cuando esté de por medio la imperiosa necesidad de su conservación, protección y salvaguardia, atendiendo la normatividad en la materia y por causas de utilidad pública; IV. Emitir acuerdos de facilidades administrativas y beneficios fiscales para la conservación de inmuebles declarados Patrimonio Cultural de la Ciudad; V. Emitir acuerdos de facilidades administrativas para la conservación, protección y restauración del Patrimonio Natural y Biocultural de la Ciudad; VI. Celebrar convenios de coordinación, concertación y colaboración con Autoridades Federales y Organismos Internacionales, con el fin de cumplir con el objeto de la presente Ley; VII. Expedir el Reglamento de la Ley; y VIII. Las demás que le confieran la presente Ley y demás ordenamientos jurídicos.

Artículo 9.

Corresponde a la Secretaría de Administración y Finanzas, expedir conjuntamente con la Secretaría de Cultura, los lineamientos y reglas para la distribución y operación del Fondo para el Cuidado del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural.

Artículo 10.

Corresponde a la Secretaría de Cultura, las atribuciones siguientes:

- I. Diseñar los programas y estrategias de formación, para promover la participación social corresponsable en la toma de decisiones, respecto a la salvaguardia del Patrimonio Cultural;
- II. Promover la participación social en la identificación, preservación, protección y transmisión del Patrimonio Cultural y Biocultural;
- III. Diseñar y realizar programas, destinados a capacitar, promover el disfrute y difusión del Patrimonio Cultural, y Biocultural entre

las personas habitantes y visitantes de la Ciudad. Para lo anterior, podrá coordinarse con las dependencias dentro del ámbito de sus atribuciones;

- IV. Registrar y difundir a través de la Plataforma Digital, el Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad, en coordinación con el Gobierno Federal, Organismos Internacionales, Gobierno de la Ciudad, Alcaldías e Instituciones Académicas;
- V. Coadyuvar con la Jefatura de Gobierno como órgano de enlace con el Gobierno Federal, Organismos Internacionales, Gobierno de la Ciudad, Alcaldías e Instituciones Académicas, en las acciones de salvaguardia del Patrimonio Cultural y Biocultural de la Ciudad;
- VI. Promover la creación de diversas opciones de financiamiento público y privado, que contribuyan a las labores de salvaguardia y difusión del Patrimonio Cultural y Biocultural de la Ciudad;
- VII. Ejecutar las recomendaciones y la normatividad nacional e internacional vigente en materia cultural y natural, para conservar y difundir los sitios inscritos en la Lista de Patrimonio Mundial de la UNESCO, que se encuentren en el territorio de la Ciudad de México, en coordinación con Autoridades Federales y la Secretaría de Medio Ambiente, y
- VIII. Las demás que le confieren esta Ley y la legislación aplicable.

Artículo 11.

Corresponde a la Secretaría de Educación, Ciencia, Tecnología e Innovación de la Ciudad de México, las atribuciones siguientes:

- I. Proponer contenidos orientados a sensibilizar a las y los alumnos, docentes, madres y padres de familia, respecto del cuidado al Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural, dentro de los programas escolares, actividades extraescolares y de educación no formal;
- II. Promover y difundir una cultura local del Patrimonio Científico y Tecnológico, en coordinación con las dependencias, entidades y sectores relacionados;
- III. Coadyuvar en la salvaguardia de acervos históricos, colecciones científicas, inmuebles, jardines botánicos y obras de ingeniería, que formen parte de la memoria histórica del desarrollo científico y tecnológico en la Ciudad;

- IV. Fomentar e impulsar el estudio y análisis del Patrimonio Cultural, Natural, Biocultural, Científico y Tecnológico, así como coadyuvar con el diseño de buenas prácticas a nivel nacional e internacional;
- V. Promover la participación de la comunidad científica y de las instituciones de investigación y educación superior de la Ciudad, para la resolución de problemas específicos del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural, a través de mecanismos de asesoramiento científico, tecnológico y de innovación;
- VI. Coadyuvar con la Secretaría de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes de la Ciudad, en la identificación de las tecnologías tradicionales locales relacionadas con el Patrimonio Biocultural;
- VII. Proveer a la Secretaría de Cultura, información sobre el Patrimonio Cultural, Natural, Biocultural, Científico Tecnológico de la Ciudad, para su registro y difusión en la Plataforma Digital; y
- VIII. Las demás que le confieren esta Ley y la legislación aplicable.

Artículo 12.

Corresponde a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, las atribuciones siguientes:

- I. Formular, coordinar, elaborar y evaluar las políticas en materia de planeación urbana, considerando la salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad;
- II. Coordinar con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal competentes, las obras en sitios y bienes del Patrimonio Cultural de su competencia;
- III. Analizar la factibilidad, formular los expedientes correspondientes y proponer a la Comisión Interinstitucional, las expropiaciones por causas de utilidad pública de bienes afectos al Patrimonio Cultural y Natural de la Ciudad;
- IV. Proveer a la Secretaría de Cultura, de información y datos del catálogo sobre el Patrimonio Cultural y Natural de la Ciudad, para su registro y difusión en la Plataforma Digital; y
- V. Las demás que le confieren esta Ley y la legislación aplicable.

Artículo 13.

Corresponde a la Secretaría de Medio Ambiente, las atribuciones siguientes:

- I. Promover la participación de las personas que habitan en la Ciudad, así como de los pueblos, barrios y comunidades indígenas residentes, y demás organizaciones sociales, públicas y privadas interesadas en la preservación y difusión del Patrimonio Natural de la Ciudad;
- II. Elaborar, con la participación de la ciudadanía interesada, el Plan de Manejo del Patrimonio Natural;
- III. Fomentar y difundir la investigación científica y técnica, sobre la salvaguardia del patrimonio natural;
- IV. Ejecutar los criterios y la normatividad ambiental, nacional e internacional correspondientes, para conservar y difundir los sitios inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO, que se encuentren en el territorio de la Ciudad de México en coordinación con la Secretaría de Cultura;
- V. Registrar, catalogar y difundir el Patrimonio Natural de la Ciudad de México;
- VI. Proveer a la Secretaría de Cultura, información y datos sobre el Patrimonio Cultural y Natural de la Ciudad, para su registro y difusión en la Plataforma Digital; y
- VII. Las demás que le confieren esta Ley y la legislación aplicable.

Artículo 14.

Corresponde a la Secretaría de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes, las atribuciones siguientes:

- I. Promover la participación de los pueblos y barrios originarios y comunidades indígenas residentes y afromexicanas, para la adopción de decisiones, la gestión y salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de sus territorios, mediante los mecanismos previstos en el marco Constitucional e Internacional y la Ley de Derechos de los Pueblos;
- II. Coadyuvar con las autoridades competentes en la promoción, la investigación, salvaguardia y difusión del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de los pueblos y barrios originarios y comunidades indígenas residentes;

- III. Promover la protección y garantía de los derechos de uso, aprovechamiento, comercialización y explotación de los elementos de la cultura e identidad; de la propiedad intelectual colectiva y del Patrimonio Biocultural de los pueblos y barrios y comunidades indígenas residentes, en coordinación con las autoridades competentes y de conformidad con las leyes en la materia;
- IV. Proveer a la Secretaría de Cultura, información y datos sobre el Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de los pueblos y barrios originarios y comunidades indígenas residentes, para su registro y difusión en la Plataforma Digital; y
- V. Las demás que le confieren esta Ley y la legislación aplicable.

Artículo 15.

Corresponde a la Secretaría de Turismo, las atribuciones siguientes:

- I. Realizar diagnósticos y estudios sobre el impacto turístico en el Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad;
- II. Promover y difundir el Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad; a través de la celebración de convenios, diseño de programas y campañas de comunicación locales, nacionales e internacionales;
- III. Elaborar y ejecutar planes, programas y en general, emprender acciones para promover e impulsar la actividad turística relacionada con el Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad; y
- IV. Las demás que le confieren esta Ley y la legislación aplicable.

Artículo 16.

Corresponde a la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial, las atribuciones siguientes:

- I. Ser la instancia encargada de recibir y atender denuncias por hechos que pongan en riesgo o dañen el Patrimonio Cultural y Natural de la Ciudad, cuyos procedimientos se sustanciarán conforme a la ley de la materia;
- II. Solicitar a las autoridades involucradas en la ejecución y aplicación de la presente Ley, coadyuvar con la Procuraduría en la atención de denuncias por riesgo o daño al Patrimonio Cultural y Natural;

- III. Imponer medidas cautelares, Derivado de las acciones y procedimientos que lleve a cabo;
- IV. Coadyuvar con Autoridades Federales y de la Ciudad de México, para garantizar el debido cumplimiento de la presente Ley; y
- V. Las demás que le confieren esta Ley y la legislación aplicable.

Artículo 17.

Corresponde a las Alcaldías, las atribuciones siguientes:

- I. Identificar y elaborar un registro respecto de los bienes y elementos de su demarcación territorial, afectos al Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural para su salvaguardia;
- II. Establecer y ejecutar estrategias de difusión y comunicación del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de su demarcación;
- III. Coadyuvar con las dependencias de Gobierno en la elaboración de Planes de Manejo y Programas de Salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de su demarcación;
- IV. Preservar el Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de su ámbito de competencia;
- V. Conservar, de acuerdo con lineamientos establecidos por las autoridades competentes, los sitios inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO;
- VI. Proponer y ejecutar las obras tendientes a la regeneración de barrios y, en su caso, promover su incorporación al Patrimonio Cultural, en coordinación con las autoridades competentes;
- VII. Fomentar la participación de las personas habitantes de su demarcación para la conformación de las Comisiones de Memorias de las Alcaldías;
- VIII. Enviar un informe semestral a la Comisión Interinstitucional, sobre el ejercicio del Fondo para el cuidado del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural;
- IX. Proveer a la Secretaría de Cultura, información y datos sobre el Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de su demarcación, para su registro y difusión en la Plataforma Digital; y
- X. Las demás que le confieren esta Ley y la legislación aplicable.

Artículo 18.

La Comisión Interinstitucional, es un órgano colegiado, de coordinación entre autoridades, con funciones deliberativas administrativas de decisión, de propuesta, asesoramiento, seguimiento, evaluación y control. Estará integrada por las personas titulares de las siguientes dependencias, organismos y entidades de la administración pública:

- I. Jefatura de Gobierno;
- II. Secretaría de Administración y Finanzas;
- III. Secretaría de Cultura;
- IV. Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda;
- V. Secretaría de Educación, Ciencia, Tecnología e Innovación;
- VI. Secretaría de Gobierno;
- VII. Secretaría de Medio Ambiente;
- VIII. Secretaría de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes;
- IX. Secretaría de Turismo; y
- X. Procuraduría Ambiental y de Ordenamiento Territorial de la Ciudad de México. La Comisión Interinstitucional, deberá convocar a sus sesiones al Instituto Nacional de Antropología e Historia, al Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura, a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y a la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, quienes tendrán derecho a voz. Asimismo, deberá invitar a la o las Alcaldías involucradas en los temas de interés para su demarcación territorial, teniendo derecho a voz y voto. La participación en la Comisión será de carácter honorífico, por lo que las personas integrantes no recibirán ninguna contraprestación económica o material.

Artículo 19.

La Comisión Interinstitucional será presidida por la persona titular de la Jefatura de Gobierno y contará con una Secretaría Técnica a cargo de la persona titular de la Secretaría de Cultura.

Artículo 20.

Las personas titulares de las Dependencias representadas en la Comisión Interinstitucional podrán designar un suplente con un rango no menor a una

Dirección General quien deberá contar con los conocimientos y experiencia en la materia.

Artículo 21.

Son atribuciones de la Comisión Interinstitucional, las siguientes:

- I. Coadyuvar con las autoridades competentes en el diseño de la política en materia de Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad;
- II. Elaborar el Programa de Salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad, considerando para ello la opinión del Consejo Social, que estará sujeto al Plan General de Desarrollo de la Ciudad de México;
- III. Analizar, desarrollar y emitir opinión sobre propuestas de bienes afectos a ser declarados Patrimonio Cultural, Natural o Biocultural de la Ciudad;
- IV. Diseñar de manera anual, el plan de capacitación, formación y sensibilización en materia de salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural para las Dependencias, órganos administrativos desconcentrados y organismos públicos descentralizados, así como para las Alcaldías de la Ciudad, para ello se considerará la opinión, del Consejo Consultivo, y se garantizará su participación en la ejecución de dicho plan;
- V. Elaborar programas, criterios, lineamientos y mecanismos ante emergencias y gestión de riesgos, para la protección del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México, de conformidad con la normatividad en la materia;
- VI. Formular de manera anual el proyecto de presupuesto para el Fondo del Cuidado del Patrimonio;
- VII. Formular propuestas y opiniones a las Alcaldías, respecto del ejercicio del Fondo para el Cuidado del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad;
- VIII. Recibir y analizar los informes semestrales de las Alcaldías sobre el ejercicio del Fondo para el cuidado del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de su demarcación;
- IX. Ser un órgano permanente de consulta sobre asuntos relacionados con la protección del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad;

- X. Promover la investigación tendiente al conocimiento del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural en la Ciudad, así como la publicación, promoción y difusión de los resultados de las investigaciones realizadas;
- XI. Fomentar y proponer proyectos de preservación de la Memoria Histórica de la Ciudad en coordinación con las dependencias y autoridades competentes; y
- XII. Las demás que expresamente le señale esta Ley.

Artículo 22.

La Comisión Interinstitucional elaborará su reglamento interior, en el cual se definirá su funcionamiento, el desarrollo de sus sesiones y la validez de éstas.

Artículo 23.

Para que las sesiones de la Comisión Interinstitucional tengan verificativo, se requerirá la asistencia de cuando menos la mitad más uno de sus integrantes y deberán reunirse de manera trimestral a convocatoria emitida por la Secretaría Técnica. Las resoluciones y acuerdos se aprobarán por mayoría de los miembros presentes, teniendo la o el Presidente voto de calidad.

CAPÍTULO III

**Del Consejo Social Consultivo del Patrimonio Cultural,
Natural y Biocultural**

Artículo 24.

El Consejo Social, es un órgano social colegiado, de consulta y auxiliar de la Comisión Interinstitucional, integrado por un mínimo de nueve personas, que durarán en su encargo tres años y cuyo nombramiento será de carácter honorífico y sin remuneración alguna. Para la conformación del Consejo Social, la Secretaría emitirá convocatoria pública.

Artículo 25.

En la integración del Consejo Social, se observarán los principios de paridad de género, igualdad sustantiva y la representación proporcional de personas vinculadas a la salvaguardia y/o investigación del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural, en este último, se deberá garantizar que sean pertenecientes a un pueblo o barrio originario, o comunidad indígena residente o afromexicana de la Ciudad.

Artículo 26.

Son atribuciones del Consejo Social, las siguientes:

- I. Aprobar sus estatutos;
- II. Conocer el proyecto de presupuesto asignado para el Fondo del Cuidado del Patrimonio y emitir una opinión a la Comisión Interinstitucional;
- III. Emitir opinión y propuestas sobre el Programa de Salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad;
- IV. Opinar sobre las nuevas declaratorias de Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural en la Ciudad;
- V. Coadyuvar en el diseño y ejecución del plan de capacitación, formación y sensibilización en materia de salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural, para las Dependencias, Órganos Administrativos Desconcentrados, Organismos Públicos Descentralizados y Alcaldías de la Ciudad;
- VI. Coordinar y crear mecanismos de participación social con instancias sociales y gubernamentales, que permita la incorporación de niñas, niños, jóvenes y grupos de atención prioritaria para la salvaguardia del patrimonio;
- VII. Coadyuvar con las autoridades en el desarrollo de actividades de difusión del Patrimonio Cultural, Natural o Biocultural de la Ciudad, encaminadas hacia la sociedad civil, fundamentalmente en los espacios educativos, culturales y turísticos; y
- VIII. Las demás que emanen de las disposiciones legales aplicables.

Artículo 27.

El Pleno del Consejo Social, nombrará de entre sus miembros a la persona que lo presidirá durante un periodo de tres años. Sus estatutos definirán su funcionamiento, el desarrollo de sus sesiones y la validez de éstas.

TÍTULO TERCERO

De la salvaguardia del patrimonio cultural, natural y biocultural de la ciudad

CAPÍTULO I

Del patrimonio cultural

Artículo 28.

El Patrimonio Cultural se compone de expresiones materiales, bienes muebles e inmuebles y expresiones inmateriales, que posean un significado y un valor especial o excepcional, artístico, histórico o estético, para un grupo social, comunidad o para la sociedad en su conjunto y por lo tanto forman parte fundamental de su identidad cultural.

Artículo 29.

De manera enunciativa más no limitativa, podrán ser considerados afectos al Patrimonio Cultural Material de la Ciudad, los bienes inmuebles con valor histórico y/o artístico, siguientes:

- I. Centros industriales;
- II. Conjuntos arquitectónicos;
- III. Museos.
- IV. Obras;
- V. Residencias; y
- VI. Sitios.

Artículo 30.

De manera enunciativa más no limitativa, podrán ser considerados afectos al Patrimonio Cultural Material, los bienes muebles siguientes: Archivos y bibliotecas;

- I. Acervos documentales;
- II. Acervos audiovisuales;
- III. Colecciones artísticas;

IV. Ornamentos; y

V. Esculturas.

Artículo 31.

Atendiendo a sus características, el Patrimonio Cultural Material, se clasificará de la siguiente manera:

- I. Patrimonio Cultural Arquitectónico: Es el conjunto de bienes edificados en los que la sociedad reconoce un valor cultural, tales como zonas, espacios abiertos monumentales, plazas, conjuntos históricos y monumentos.
- II. Patrimonio Cultural Artístico: Es aquel constituido por bienes muebles e inmuebles artísticos, con valor estético que podrán contar con cualquiera de las siguientes características: representatividad, inserción en determinada corriente estilística, grado de innovación, materiales y/o técnicas utilizadas;
- III. Patrimonio Cultural Histórico: Es aquel constituido por los bienes muebles, inmuebles, documentos, colecciones científicas y técnicas de relevancia histórica para la Ciudad, que no se encuentran reconocidos con tal carácter por la Federación;
- IV. Patrimonio Cultural Urbano: Los bienes inmuebles y elementos aislados tales como esculturas, monumentos, bienes muebles por destino, mobiliario urbano, obras de infraestructura; así como, los paisajes culturales, espacios públicos tales como calles, parques urbanos, plazas y jardines, la traza, lotificación, nomenclatura, imagen urbana, las áreas de conservación patrimonial y todos aquellos elementos y espacios que sin estar formalmente catalogados, merezcan tutela en su conservación, consolidación y, en general, todo aquello que corresponda a su acervo histórico o que resulte propio de sus manifestaciones culturales y de sus tradiciones de conformidad con los ordenamientos vigentes en materia de patrimonio;
- V. Patrimonio Científico y Tecnológico: Conjunto de elementos materiales e inmateriales cuyo origen, destino y desarrollo, están vinculados al devenir histórico y social de la Ciudad de México en materia científica y tecnológica; y
- VI. Paisaje Urbano Histórico: La zona urbana resultante de una estratificación histórica, de valores y atributos culturales y naturales, es decir lo que trasciende la noción de conjunto o centro

histórico para abarcar el contexto urbano general y su entorno geográfico.

Artículo 32.

El Patrimonio Cultural Inmaterial, se refiere a todo producto cultural, tanto individual como colectivo, que tiene un significado, valor especial para un grupo social determinado o para la sociedad en general que puede poseer una dimensión expresamente física, y se caracteriza fundamentalmente por ser reconocido como depositario de conocimientos, representaciones, visiones culturales, concepciones del mundo, formas de vida y su expresión simbólica.

Artículo 33.

De manera enunciativa más no limitativa, podrán ser considerados afectos al Patrimonio Cultural Inmaterial:

- I. Actos festivos;
- II. Lenguas;
- III. Rituales;
- IV. Técnicas artesanales tradicionales;
- V. Tradiciones y expresiones orales; y
- VI. Usos sociales.

Artículo 34.

El Patrimonio Natural, se conforma por los espacios físicos naturales en donde los ambientes originales no han sido significativamente alterados por actividades antropogénicas, que tengan un valor excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural y que requieren ser preservadas y restauradas por su estructura y función para la recarga del acuífero y la preservación de la biodiversidad.

Artículo 35.

De manera enunciativa más no limitativa, podrán ser considerados afectos al Patrimonio Natural, lo siguiente:

- I. Cubiertas de vegetación natural o inducida;
- II. Formaciones geológicas y fisiográficas;
- III. Monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas;

- IV. Suelos de conservación; y
- V. Zonas que constituyan el hábitat de especies animales o vegetales.

CAPÍTULO III

Del Patrimonio Biocultural

Artículo 36.

Se considera Patrimonio Biocultural, al conjunto de saberes, usos y representaciones sociales, manifestaciones, conocimientos, innovaciones técnicas, prácticas culturales tradicionales, y elementos de la diversidad biológica, cuyos componentes interactúan estrechamente ligados a través de la práctica diaria, la cosmovisión, las creencias, mitos, y leyendas relacionadas con la naturaleza, los cuales son transmitidos a través de generaciones como valores culturales.

Artículo 37.

De manera enunciativa más no limitativa, podrán ser considerados afectos al Patrimonio Biocultural, lo siguiente:

- I. Conocimientos y saberes tradicionales;
- II. Diseños;
- III. Juegos tradicionales;
- IV. Medicina tradicional;
- V. Paisajes Bioculturales;
- VI. Recursos genéticos;
- VII. Rutas y/o itinerarios bioculturales;
- VIII. Tecnologías; y
- IX. Tradiciones Orales.

Artículo 38.

El Patrimonio Rural, se refiere a los espacios permanentes de producción agropecuaria y rural que pudieran ser afectos a un régimen de conservación, con la finalidad de mantener y, en su caso incrementar, las superficies destinadas a la producción agropecuaria, privilegiando los cultivos nativos y de mayor importancia de la Ciudad.

Artículo 39.

El Programa será el instrumento de planeación, para la definición de políticas, estrategias y acciones para la salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad, el cual tendrá los siguientes objetivos:

- I. Elaborar un diagnóstico general del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad, mismo que deberá ser actualizado de manera anual;
- II. Proyectar una visión y objetivos generales para la salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad;
- III. Establecer los mecanismos de participación;
- IV. Promover la coordinación entre el Gobierno Federal, Organismos Internacionales, Gobierno de la Ciudad, Alcaldías e Instituciones Académicas, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad; y
- V. Fomentar la inclusión en el sistema educativo de la Ciudad, la sensibilización y formación, respecto del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad.

Artículo 40.

El programa será elaborado por la Comisión Interinstitucional, quién en coordinación con el Consejo Social, se encargará de llevar a cabo procesos participativos de diálogo e información que incentiven la participación con las comunidades, instituciones, colectividades y personas promotoras culturales, en los procesos de valoración, uso y estudio sobre el Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural.

Artículo 41.

El Programa deberá considerar para su contenido, cuando menos lo siguiente:

- I. Visión, misión y objetivos estratégicos;
- II. Ejes de acción y objetivos específicos;
- III. Indicadores y cronograma;
- IV. Mecanismos y ejes de acción vinculados a los Instrumentos y Convenciones Internacionales, para el desarrollo sostenible.
- V. Programación presupuestal;

- VI. Mecanismos de participación social;
- VII. Mecanismos de operación, y seguimiento;
- VIII. Mecanismos de evaluación cuantitativa y cualitativa;
- IX. Criterios, lineamientos, protocolos y mecanismos ante emergencias y gestión de riesgos; y
- X. Mecanismos de coordinación entre el Gobierno Federal, Gobierno Local y Alcaldías.

Artículo 42.

El Programa deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México y en la Plataforma Digital del Patrimonio de la Ciudad.

Artículo 43.

Existirá un Fondo destinado exclusivamente a la salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural, que otorgará recursos a las Alcaldías de acuerdo con los lineamientos que para el efecto se emitan.

Artículo 44.

La Comisión Interinstitucional formulará de manera anual el proyecto de presupuesto para el Fondo, debiendo considerar para ello el Diagnóstico General del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad, mismo que se remitirá a la Jefatura de Gobierno para su análisis e inclusión en el Presupuesto de Egresos de la Ciudad. El Congreso de la Ciudad de México, deberá incluir en el Presupuesto de Egresos de la Ciudad, los recursos destinados al Fondo.

Artículo 45.

La Secretaría de Administración y Finanzas, en coordinación con la Secretaría de Cultura, establecerán los lineamientos y reglas para la distribución y operación de dicho Fondo. Asimismo, establecerán el mecanismo de participación de los sectores social y privado para diversificar las fuentes de financiamiento del Fondo.

CAPÍTULO VI

De la participación social en la salvaguardia del patrimonio

Artículo 46.

Toda persona tiene el derecho a identificar, conocer, acceder, disfrutar, desarrollar y valorar el Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad.

Artículo 47.

Cualquier persona que tenga conocimiento de actos o hechos que impliquen peligro de destrucción o deterioro en un bien declarado Patrimonio de la Ciudad, deberá denunciarlo ante la Procuraduría.

Artículo 48.

En la promoción de la participación social, las autoridades competentes estimularán la fundación de agrupaciones voluntarias de salvaguardia y de asociaciones de carácter no lucrativo, así como fomentar la institución de reconocimientos honoríficos, o apoyos para que se reconozcan y alienten las obras ejemplares de salvaguardia en todos sus aspectos.

Artículo 49.

Las personas habitantes y visitantes de la Ciudad podrán realizar propuestas de declaratoria de bienes del Patrimonio Cultural, Natural o Biocultural de la Ciudad de México.

Artículo 50.

En materia de salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural, las autoridades deberán mantener una relación de cooperación y comunicación constante con los organismos de representación ciudadana que establece la Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México.

Artículo 51.

Las Declaratorias, objeto de esta Ley, son instrumentos jurídicos que tienen como fin, garantizar la salvaguardia de aquellos bienes, expresiones y valores considerados como Patrimonio Cultural, Natural o Biocultural de la Ciudad de México.

Artículo 52.

Las Declaratorias, podrán recaer sobre bienes del Patrimonio Cultural, Natural o Biocultural de la Ciudad; así como, en los bienes de propiedad privada, sin afectar su titularidad y se clasificarán para su expedición, conforme a lo siguiente:

- I. Declaratorias de Interés para la Ciudad: Las emitidas por la Jefatura de Gobierno, cuyo ámbito de aplicación corresponde a todo el territorio de la Ciudad de México.
- II. Declaratorias de Interés Regional: Las emitidas por la Jefatura de Gobierno y en coordinación con dos o más Alcaldías, cuyo ámbito

de aplicación, corresponde a los límites territoriales de las Alcaldías involucradas; y

- III. De Interés para la Alcaldía: Las emitidas por la Jefatura de Gobierno y en coordinación con una Alcaldía, cuyo ámbito de aplicación corresponde a los límites territoriales de la Alcaldía involucrada.

CAPÍTULO II

Del procedimiento para la emisión de declaratoria

Artículo 53.

Para la emisión de Declaratorias, las autoridades competentes deberán apearse en todo momento al procedimiento establecido en esta Ley y su Reglamento. Tratándose de las declaratorias para la salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural o Biocultural de los pueblos, barrios y comunidades, además de lo establecido en la presente Ley, se deberá observar lo previsto en la Ley de Derechos de los Pueblos.

Artículo 54.

Las Declaratorias podrán ser promovidas:

- I. A petición de una o varias Alcaldías;
- II. A petición de cualquier persona física o moral;
- III. A petición de cualquier pueblo, barrio originario o comunidad indígena residente de la Ciudad;
- IV. De manera oficiosa; y
- V. Por exhorto del Congreso de la Ciudad de México.

Artículo 55.

Toda solicitud de Declaratoria deberá presentarse por escrito a la Secretaría de Cultura, observando cuando menos lo siguiente:

- I. Nombre y dirección de la persona promovente;
- II. Identificación oficial vigente;
- III. Descripción del bien, conjunto de bienes o zona objeto de la solicitud, en el que se especificará, en caso de conocerlo, si se trata de un bien público, colectivo o privado;

- IV. Motivos o razones que fundamenten su petición; y
- V. Cualquier otro elemento que sustente su solicitud.

Artículo 56.

Recibida una solicitud de Declaratoria, la Secretaría, atenderá el siguiente procedimiento:

- I. Integrará un expediente y será enviado a la Secretaría Técnica de la Comisión Interinstitucional;
- II. Tratándose de bienes muebles e inmuebles de propiedad privada, se integrará un expediente y se notificará personalmente a la persona propietaria o poseedora, la instauración del procedimiento. De no conocerse el domicilio de la persona propietaria o poseedora del bien o bienes, la notificación se practicará mediante dos publicaciones, con intervalo de diez días en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México;
- III. La Secretaría Técnica, enviará el expediente de solicitud de Declaratoria, a las y los integrantes de la Comisión Interinstitucional, del Consejo Consultivo y a la o las Alcaldías que tengan algún interés o vínculo de acuerdo a su ámbito territorial, para que cada una analice y emita su opinión respectiva;
- IV. Las opiniones que para tal efecto emitan la Comisión Interinstitucional, el Consejo Consultivo y la o las Alcaldías, deberán ser enviadas a la Secretaría Técnica quien las remitirá a la brevedad, de la siguiente forma:
 - a) Opiniones respecto de bienes afectos al Patrimonio Cultural, a la Secretaría de Cultura.
 - b) Opiniones respecto de bienes afectos al Patrimonio Natural, a la Secretaría de Medio Ambiente.
 - c) Opiniones respecto de bienes afectos al Patrimonio Biocultural, a la Secretaría de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes.
- V. La autoridad a la que se le hayan turnado las opiniones deberá emitir un dictamen en un plazo no mayor a sesenta días naturales. De ser procedente, el dictamen deberá ser enviado junto con el expediente respectivo, el plan de manejo o plan de salvaguardia según corresponda las características del bien a declarar, a la persona titular

de la Jefatura de Gobierno para su consideración y en su caso, emita la Declaratoria respectiva, la cual deberá ser publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México. Los bienes declarados deberán ostentar un emblema que facilite su identificación y registro.

- VI. En caso de que la solicitud de Declaratoria se considere improcedente, la autoridad respectiva deberá notificar a la persona o Autoridad solicitante, la resolución emitida para tal efecto. Toda solicitud declarada improcedente, no se podrá presentar de nuevo si no ha transcurrido por lo menos un año a partir de la fecha de resolución.

Artículo 57.

Para la emisión del dictamen por el que se proponga la declaratoria de Patrimonio Cultural, Natural o Biocultural, la autoridad competente, deberá allegarse de la opinión y apoyo de organismos autónomos, instituciones académicas y las personas habitantes del propio territorio.

Artículo 58.

Una vez publicada la Declaratoria, la autoridad correspondiente deberá notificar y entregar a la o el promovente y en su caso a la persona propietaria o poseedora del bien declarado, la información referente a:

- I. Copia de la declaratoria;
- II. Los beneficios y responsabilidades en materia de salvaguardia;
- III. El plan de manejo o plan de salvaguardia del bien declarado; y
- IV. La dirección y número telefónico de las áreas responsables del seguimiento y apoyo.

Artículo 59.

Tratándose de bienes declarados de interés para las Alcaldías y Regionales, las Alcaldías en coordinación con la o las Dependencias de Gobierno involucradas, deberán llevar a cabo una asamblea vecinal, cuyo objeto será informar sobre la declaratoria, el plan de manejo o de salvaguardia y las instrucciones generales para la protección, conservación, y gestión del bien declarado.

Artículo 60.

En la elaboración del plan de manejo o de salvaguardia de los bienes declarados patrimonio, se garantizará la participación de la academia, organismos,

organizaciones sociales, vecinales, instituciones educativas, culturales y de especialistas. Estos deberán incluir una propuesta de sensibilización y difusión al público tales como talleres, conferencias, publicaciones, capacitaciones u otros mecanismos de divulgación e investigación. Para el caso específico de bienes afectos al Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de los pueblos, barrios originarios y comunidades indígenas residentes, el plan de manejo o de salvaguardia deberá realizarse atendiendo para ello lo previsto en la Ley de Derechos de los Pueblos.

Artículo 61.

Toda persona interesada o afectada por una Declaratoria, podrá manifestar lo que a su derecho convenga mediante el recurso de revisión, a través de documento escrito dirigido a la Secretaría, el cual deberá presentarse dentro de los quince días hábiles siguientes a la publicación de la declaratoria respectiva. La autoridad correspondiente, deberá resolver y comunicar la resolución, en un plazo no mayor a treinta días hábiles.

CAPÍTULO III

De los efectos de las declaratorias y su revocación

Artículo 62.

Las Declaratorias de Patrimonio, tendrán los siguientes efectos:

- I. La responsabilidad de preservar la materia declarada;
- II. La obligatoriedad de solicitar autorización de la autoridad competente ante cualquier modificación del estado de la materia declarada;
- III. El acceso a beneficios fiscales o programas de fomento y conservación del Patrimonio que para tal fin diseñe la Jefatura de Gobierno;
- IV. El acceso a programas de fomento y conservación que para tal fin diseñe la o las Alcaldías;
- V. El acceso a programas de difusión y promoción del Patrimonio en la Ciudad;
- VI. En el caso específico del Patrimonio Biocultural, los pueblos, comunidades indígenas, grupos e individuos, deberán ser los que desempeñen la función primordial de salvaguardia. La participación de las autoridades deberá caracterizarse por el diálogo y la colaboración misma que estará supeditada al consentimiento libre y previo de los pueblos y comunidades indígenas;

- VII. Las comunidades, grupos e individuos creadores del Patrimonio Biocultural, deberán beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de éste, y más concretamente de los que se deriven de su utilización, así como de las actividades de investigación, documentación, promoción o adaptación realizadas por miembros de las comunidades u otros.

Artículo 63.

Procederá la revocación de Declaratoria de Patrimonio Cultural, Natural o Biocultural, cuando este haya perdido los valores desde el punto de vista artístico, histórico, tecnológico, científico o cualquier otro que haya dado lugar a dicha Declaratoria. Será la Comisión Interinstitucional quien establecerá los criterios y procedimientos para revocar las Declaratorias correspondientes.

Artículo 64.

Una vez que un bien sea afecto a cualquiera de las Declaratorias enlistadas en la presente Ley, el mismo será inalienable, inembargable e imprescriptible.

TÍTULO QUINTO

De la memoria histórica de la ciudad

Artículo 65.

Se crea la Comisión de la Memoria Histórica de la Ciudad, como órgano administrativo desconcentrado adscrito a la Secretaría de Cultura; dotada de autonomía de gestión y función. Será el órgano encargado de investigar, organizar, sistematizar, registrar, publicar y difundir la memoria histórica de la Ciudad, mediante registro sonoro, escrito, documental, digital, fotográfico y demás técnicas y tecnologías a su alcance, que describa la Ciudad para las generaciones presentes y futuras.

Artículo 66.

La Comisión de la Memoria, tendrá las siguientes atribuciones:

- I. Elaborar, presentar, publicar y ejecutar su plan de trabajo;
- II. Proveer de información a la Comisión Interinstitucional y demás dependencias de la Administración Pública que así lo soliciten;
- III. Sistematizar la crónica colectiva e individual de la Ciudad de México y zona conurbada cuando se comparte territorio con otra demarcación;

- IV. Organizar congresos, foros, seminarios, publicaciones, espacios de difusión, mesas de diálogo y cualquier otra actividad de divulgación de la memoria, en coordinación con las 16 alcaldías, la Secretaría de Cultura, instituciones académicas y cualquier otra instancia en materia cultural;
- V. Convocar a una asamblea anual de la Comisión de la Memoria, con las 16 Comisiones de Memoria de las Alcaldías, con el objetivo de presentar trabajos, diseñar planes y acciones a desarrollar e intercambiar información;
- VI. En coordinación con la Secretaría de Cultura, publicar el anuario de acontecimientos relevantes para la memoria histórica de la Ciudad, en la Plataforma Digital;
- VII. Colaborar de manera activa e interdisciplinaria en la conservación y registro de la memoria histórica, con instituciones académicas, universidades, centros culturales, casas de cultura, y bibliotecas;
- VIII. Celebrar convenios con dependencias del Gobierno Federal, estatal y local para el intercambio de información, celebración de eventos e interacción interinstitucional con organismos de otras entidades federativas, en materia de memoria histórica;
- IX. Emitir opinión al órgano encargado de la nomenclatura de la Ciudad de México sobre la asignación de nombres de las calles, avenidas y vialidades del territorio de la Ciudad;
- X. Preservar y difundir la memoria oral en lenguas originarias apoyado de intérpretes, traductores y hablantes de la lengua;
- XI. Desarrollar los mecanismos de promoción y difusión que permitan el libre y fácil acceso a los archivos generados para salvaguardar la memoria histórica en la Ciudad;
- XII. Elaborar manuales para la gestión, promoción, recopilación, sistematización y archivo del registro de la memoria histórica de la Ciudad;
- XIII. Fomentar la participación de los grupos de atención prioritaria, mediante estrategias de inclusión y diversidad en el registro y difusión de la memoria histórica;
- XIV. Difundir y proponer mecanismos que permitan el acceso, creación de fondos, o cualquier apoyo enfocado a la salvaguardia de la memoria histórica;
- XV. El registro oral y documental a través de cualquier soporte, de personajes, acontecimientos y acervos históricos documentales, bienes

y expresiones culturales como costumbres, tradiciones, expresiones artísticas y culturales de la ciudad, mismos que estarán abiertos al público para su consulta; y

- XVI. Aprobar su Reglamento Interior y demás normatividad que eficiente su funcionamiento.

Artículo 67.

La Comisión de la Memoria, estará integrada por cinco personas, académicas, investigadoras, cronistas y ciudadanas de las demarcaciones territoriales e integrantes de los pueblos y barrios originarios y comunidades indígenas con reconocimiento de su labor cultural. Dicho órgano se conformará mediante convocatoria pública emitida por la Secretaría, observando los principios de igualdad sustantiva e interculturalidad. La duración en su encargo será de tres años.

Artículo 68.

Para ser integrante de la Comisión de la Memoria, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- I. Tener residencia en la Ciudad de México con un mínimo de cinco años de antigüedad;
- II. Tener conocimientos teórico metodológico y práctico, así como de investigación para el ejercicio de sus funciones;
- III. Tener experiencia comprobada, derivada de su trayectoria personal y profesional sobre temas, históricos-culturales de la Ciudad de México; y
- IV. No ser dirigente de partido político ni ocupar un cargo de elección popular.

Artículo 69.

La Comisión será presidida por la persona electa por la mayoría simple de sus integrantes y su funcionamiento estará regulado en su Reglamento.

CAPÍTULO II

Las Comisiones de Memoria de las Alcaldías

Artículo 70.

Las Alcaldías contarán con una Comisión de Memoria, integrada por al menos cinco personas, cuyo nombramiento será honorífico y sin remuneración,

y durarán en su encargo tres años. Para su conformación, cada Alcaldía emitirá convocatoria pública, observando los principios de igualdad sustantiva, e interculturalidad.

Artículo 71.

Las Comisiones de Memoria, tendrán de manera enunciativa más no limitativa, las siguientes funciones:

- I. Contribuir al enriquecimiento, sistematización y difusión de la memoria y de su Alcaldía de residencia;
- II. Difundir los valores, saberes y memorias colectivas de su Alcaldía; y
- III. Coadyuvar con la Comisión de Memoria Histórica de la Ciudad al desarrollo de los programas de trabajo que fortalezcan la identidad de las personas que habitan en la demarcación.

Artículo 72.

Las Comisiones de Memoria de las Alcaldías, emitirán su propio Reglamento, en el cual definirán su funcionamiento, organización interna y el mecanismo para elegir a un representante ante la Comisión de la Memoria Histórica de la Ciudad.

CAPÍTULO III

De la Plataforma Digital del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México

Artículo 73.

Es una Plataforma Digital de acceso público y gratuito a cargo de la Secretaría de Cultura, en coordinación con la Agencia Digital de Innovación Pública, creada con el objeto de difundir, recopilar, almacenar, preservar y desplegar datos actualizados sobre el Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad, a partir de la generación u obtención de información proporcionada por autoridades federales, internacionales y locales, responsables de crearla, administrarla, poseerla y gestionarla. La plataforma contendrá información ordenada y actualizada de lo siguiente:

- I. Sitios, y manifestaciones declaradas como Patrimonio Cultural de la Humanidad en la Ciudad de México;
- II. Bienes materiales o inmateriales declarados como Patrimonio Cultural;

- III. Zonas y monumentos reconocidos como Patrimonio Natural: Áreas naturales protegidas, áreas de valor ambiental y áreas verdes en la Ciudad de México;
- IV. El Patrimonio Biocultural;
- V. Expedientes de declaratorias del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural concluidas, así como sus respectivos planes de manejo y/o salvaguardia;
- VI. Prontuario normativo en materia de salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México en los ámbitos federal, internacional y local;
- VII. Los programas de turismo y difusión del patrimonio cultural, natural y biocultural;
- VIII. La información generada por la Comisión de la Memoria Histórica de la Ciudad;
- IX. El listado de asociaciones civiles, fondos y fideicomisos creados con el objeto de contribuir con la salvaguardia del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural;
- X. El Programa de Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad México; y
- XI. Las demás que establezca la legislación aplicable.

Artículo 74.

Para la integración de la información descrita en el artículo anterior, la Secretaría de Cultura se coordinará con el Gobierno Federal, Organismos Internacionales, Gobierno de la Ciudad, Alcaldías, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil.

CAPÍTULO IV

De los sitios Patrimonio de la Humanidad y órganos de coordinación

Artículo 75.

Las autoridades competentes de la Ciudad, en coordinación con las autoridades federales, adoptarán medidas para la conservación y gestión de los sitios inscritos en la lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO en la Ciudad y de los susceptibles de serlo.

Artículo 76.

La Secretaría de Medio Ambiente y la Secretaría de Cultura, en coordinación con las autoridades federales competentes, organismos internacionales y organizaciones e instituciones públicas y privadas, serán las encargadas de ejecutar las medidas correspondientes para salvaguardar y promover los sitios inscritos en la lista del Patrimonio Mundial de la UNESCO en la Ciudad de México.

Artículo 77.

En todo lo que respecta a regulación urbana, intendencia, mantenimiento, renovación, restauración y conservación de inmuebles afectos al patrimonio cultural en el Centro Histórico de la Ciudad de México, quedará bajo la responsabilidad directa de la persona titular de la Jefatura de Gobierno a través de la Autoridad del Centro Histórico, en pleno apego a las disposiciones federales de la materia. Para el cumplimiento de los objetivos descritos en el párrafo anterior, la Jefatura de Gobierno se coordinará con las Alcaldías correspondientes.

TÍTULO SEXTO

De las responsabilidades capítulo único de los delitos y sanciones

Artículo 78.

Se equipara como daño a la propiedad y será sancionado de conformidad con lo previsto en la legislación penal de la Ciudad, a quién destruya o deteriore algún bien declarado como Patrimonio Cultural. Para el caso de daño a bienes muebles o inmuebles, estatuas o monumentos con valor histórico catalogados por el INAH o el INBAL, se dará vista a dichas autoridades y serán sancionados conforme la legislación federal de la materia.

Artículo 79.

Se equipara como infracciones al entorno urbano de la Ciudad y se sancionará conforme a la Ley de Cultura Cívica de la Ciudad de México, a quien dañe, pinte, maltrate, ensucie, bienes afectos al Patrimonio Cultural.

Artículo 80.

Tratándose de daños al patrimonio natural, en materias de competencia de la Ciudad, se aplicarán los procedimientos y sanciones previstos en la legislación ambiental de la Ciudad de México.

Artículo 81.

Se equipara al delito de robo y se sancionará conforme a la legislación penal de la Ciudad, a quien sin consentimiento previo de los pueblos, barrios originarios y comunidades indígenas residentes de la Ciudad, se apropie indebidamente de su Patrimonio Biocultural

Artículo 82.

Cuando se tenga conocimiento de cualquier tipo de obra en un bien inmueble o sitio definido por esta ley afecto al Patrimonio Cultural o Natural, sin contar con la autorización de la autoridad competente, la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial en coordinación con la o las Alcaldías respectivas, podrán clausurar de manera temporal, definitiva, parcial o total dicha obra.

Artículo 83.

En predios donde hayan existido inmuebles identificados como Patrimonio Cultural, y que fueron demolidos en contravención a lo dispuesto en la presente Ley, su Reglamento y demás normatividad aplicable, no podrán obtener licencia de construcción o de operación de giros en tanto no se resuelva lo conducente a las responsabilidades administrativas, multas, sanciones y demás acciones jurídicas que pudieran derivarse.

Artículo 84.

Las y los funcionarios públicos que valiéndose de su cargo se beneficien indebidamente de un bien afecto al Patrimonio Cultural, Natural o Biocultural, quedarán sujetos a lo dispuesto por la Ley de Responsabilidades Administrativas de la Ciudad de México.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS**PRIMERO.**

Publíquese el presente Decreto en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México y para mayor difusión en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México.

TERCERO.

A partir de la entrada en vigor del presente Decreto se derogan todas las normas que contravengan las disposiciones contenidas en la presente Ley.

CUARTO.

La Jefatura de Gobierno, deberá expedir en un término de ciento veinte días hábiles contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, el Reglamento de esta Ley.

QUINTO.

La Comisión Interinstitucional, se instalará a más tardar a los noventa días hábiles siguientes a la entrada en vigor de la presente Ley.

SEXTO.

Para la conformación del Consejo Social, la Secretaría emitirá la convocatoria a más tardar a los noventa días hábiles siguientes a la entrada en vigor de la presente Ley.

SÉPTIMO.

La persona titular de la Jefatura de Gobierno incluirá en el proyecto de presupuesto de egresos para el ejercicio fiscal 2022, el monto total de recursos que se destinarán para el Fondo del Cuidado del Patrimonio.

OCTAVO.

La persona titular de la Secretaría de Cultura deberá incluir en su proyecto de presupuesto que para tal efecto envíe a la jefatura de Gobierno, los recursos necesarios para la operación de la Comisión de la Memoria Histórica de la Ciudad.

NOVENO.

Las declaratorias emitidas por el Gobierno de la Ciudad de México previas a la publicación de esta Ley, conservarán su valor y no perderán su efecto, y su registro será incorporado a la Plataforma Digital del Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México, prevista en la presente Ley.

DÉCIMO.

Serán consideradas zonas y/o espacios afectos al Patrimonio Cultural Urbano, para su salvaguardia, registro, catalogación y difusión en la Plataforma Digital, conforme lo establecido en esta ley y demás normatividad aplicable, los reconocidos por la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Urbanístico Arquitectónico del Distrito Federal, que se enlistan a continuación:

a) Colonias: Juárez, Santa María la Ribera, Roma, Hipódromo, Condesa, Pedregal, Las Lomas;

b) Centros Históricos: Santa Fe, Cuajimalpa, Mixcoac, Tacubaya, San Bartolo Ameyalco, Santa Rosa Xochiac, Mexicalzingo;

c) Calles: Arcos de Belén-Chapultepec, Florencia, Palmas, Vértiz, Campeche, División del Norte, Cumbres de Maltrata;

d) Jardines: Jardín centenario;

e) Panteones: Jardín, de los Remedios, de San Lorenzo Tezonco, Civil de Dolores, Francés de la Piedad, Español, San José, Xoco, El Calvario, San Isidro, Santa Lucía, Santa Apolonia, Monte Sinaí, Israelita, Pueblo de Atzacualco “Pueblo Antiguo”;

f) Parques Urbanos: Chapultepec, Alameda Central, Alameda de Santa María, Felipe Xicoténcatl, Miguel Alemán, Revolución, San Lorenzo, Tlacoquemécatl, Francisco Villa (de los Venados), San Martín (México), España, Luis G. Urbina (hundido), Bosque de Tlalpan, Las Américas, Lira, María del Carmen Industrial, Parque Nacional del Tepeyac, Parque Nacional Cerro de la Estrella, Parque de los Cocodrilos y Parque Ramón López Velarde;

g) Paseos: Reforma, Bucareli, Horacio (Paseo de los Cedros), Tlalpan, Tacuba, Mazatlán, Durango, Insurgentes, Oaxaca, Veracruz, Amsterdam, Miguel Ángel de Quevedo, los Misterios, Guadalupe, Paseo del Pedregal;

h) Plazas: Las que se declaren conforme a las disposiciones de esta Ley exceptuando las de jurisdicción federal;

i) Viveros: Viveros de Coyoacán; y

j) Canales: Canal Nacional, Canal de Cuemanco y Canal de Chalco;

k) Albarradón: Calzada de la Virgen.

DÉCIMO PRIMERO.

El Congreso de la Ciudad de México dentro del Tercer Año de Ejercicio Legislativo, deberá adecuar la Ley de Fomento Cultural del Distrito Federal a la presente Ley. Palacio Legislativo del Congreso de la Ciudad de México, a los veinticuatro días del mes de septiembre del año dos mil veinte.

POR LA MESA DIRECTIVA.– DIPUTADA MARGARITA SALDAÑA HERNÁNDEZ, PRESIDENTA.– DIPUTADA DONAJI OFELIA OLIVERA REYES, SECRETARIA.– DIPUTADO HÉCTOR BARRERA MARMOLEJO, SECRETARIO.–

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 122, apartado A, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 32 apartado C, numeral 1, inciso a) de la Constitución Política de la Ciudad de México; 3 fracciones XVII y XVIII, 7 párrafo primero, 10 fracción II, 12 y 21, párrafo primero de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública de la Ciudad de México, para su debida publicación y observancia, expido

el presente Decreto Promulgatorio en la Residencia Oficial de la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México, a los veintiocho días del mes de octubre del año dos mil veinte.

LA JEFA DE GOBIERNO DE LA CIUDAD DE MÉXICO, DRA. CLAUDIA SHEINBAUM PARDO.

EL SECRETARIO DE GOBIERNO, JOSÉ ALFONSO SUÁREZ DEL REAL Y AGUILERA.

LA SECRETARIA DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS, LUZ ELENA GONZÁLEZ ESCOBAR.

LA ENCARGADA DEL DESPACHO DE LA SECRETARÍA DE CULTURA, MARÍA GUADALUPE LOZADA LEÓN.

LA SECRETARIA DE DESARROLLO URBANO Y VIVIENDA, ILEANA AUGUSTA VILLALOBOS ESTRADA.

LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN, CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN, ROSAURA RUIZ GUTIÉRREZ.

LA SECRETARIA DEL MEDIO AMBIENTE, MARINA ROBLES GARCÍA.

LA SECRETARIA DE PUEBLOS Y BARRIOS ORIGINARIOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS RESIDENTES, LARISA ORTIZ QUINTERO.

EL SECRETARIO DE TURISMO, CARLOS MACKINLAY GROHMANN.

SUMARIO: I. LEY 175, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2020, GENERAL DE LA CULTURA.

I. LEY 175, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2020, GENERAL DE LA CULTURA²

En noviembre de 2020 se aprobó en Panamá la Ley General de la Cultura. Se trata de una norma que pretende consolidar en un único texto normativo un marco general para la regulación de las distintas actividades vinculadas con la cultura del país.

La ley comienza su capítulo I con una serie de disposiciones generales, incluida una exhaustiva lista de definiciones. Seguidamente, el capítulo II reconoce una serie de derechos a favor de las personas, tales como el derecho a la identidad cultural, a la generación de patrimonio cultural, al conocimiento de la historia, así como los derechos de participación, acceso y educación cultural. También recoge varias libertades, incluida la libertad cultural en general y las libertades de creación e investigación en particular. El capítulo III queda dedicado a la cultura y desarrollo sostenible, mediante una serie de mandatos referidos a la sostenibilidad en los ámbitos ambiental, gastronómico, económico y en materia de seguridad ciudadana. Estos se complementan con las disposiciones de carácter general en materia de política pública de cultura que seguidamente recoge el capítulo IV.

Destaca la creación de un órgano de coordinación denominado Encuentro Nacional de Culturas, que se regula en la sección primera del capítulo V del texto legislativo. Se trata de una instancia coordinada por el Ministerio de Cultura para velar por el cumplimiento y desarrollo de la norma. La instancia podrá crear comisiones de coordinación subsectorial destinadas a acercar las políticas culturales a la ciudadanía en cumplimiento del mandato legal.

1. Esta subsección ha sido preparada por Teresa GARCÍA-BARRERO.
2. Gaceta Oficial Digital, miércoles 11 de noviembre de 2020, https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29151_A/81687.pdf.

Asimismo, el texto regula una serie de medidas que buscan favorecer la industria cinematográfica del país. En concreto, se prevé el reembolso del 10% de los gastos de bienes y servicios relacionados con la producción de obras audiovisuales o cinematográficas que hayan sido realizadas en coordinación con el Sistema Estatal de Radio y Televisión. A continuación, la norma regula el régimen normativo de los patronatos que administran instituciones culturales emblemáticas del país.

En los capítulos VI y VII, el texto faculta a varios organismos públicos para que adopten medidas destinadas a impulsar la economía creativa y las expresiones culturales del país, y dota de beneficios fiscales a las empresas que emprendan en el sector cultural. Seguidamente, el capítulo VIII regula la protección del patrimonio cultural panameño, que será velado por la Dirección Nacional de Patrimonio Cultural (sucesora de la anterior Dirección Nacional de Patrimonio Histórico). La norma asimismo contempla el régimen al que quedan sujetos los museos de la nación y las medidas ideadas para impulsar a dichas instituciones y a otros espacios culturales como las bibliotecas, cinematecas, teatros, auditorios o archivos. Las disposiciones dedicadas a esos otros espacios culturales se recogen en el capítulo XI del texto.

Los capítulos XII, XIII y XIV de la ley se refieren a medidas de estímulo, respectivamente, de la cultura digital, la cultura comunitaria y la investigación y el conocimiento. De seguida se regula, en el capítulo XV, un Fondo Nacional de Culturas que será creado mediante el Fideicomiso Fondo Culturas, un fondo concursable con el objetivo de financiar proyectos de carácter cultural.

Merece particular mención el capítulo XVI de la ley, en el que se prevé la implementación de un Certificado de Fomento Cultural que comenzará a regir a partir del año 2022. Dicho certificado concederá un crédito fiscal a favor de personas naturales y jurídicas que inviertan en actividades culturales y de protección del patrimonio panameño. Los detalles concretos del mismo deberán concretarse en posteriores regulaciones de desarrollo. Por su parte, el capítulo XVII recoge el régimen sancionador para las intervenciones no autorizadas sobre bienes declarados patrimonio cultural material, así como para exportaciones ilegales de bienes integrantes del patrimonio cultural material del país. Finalmente, destaca el capítulo XVIII de la ley por su creación de un Consejo Nacional cinematográfico y Audiovisual de Panamá que asesorará al Ministerio de Cultura en acciones destinadas al desarrollo de la industria cinematográfica y audiovisual nacional.

SUMARIO: I. DECRETO SUPREMO N.º 007/2020, QUE MODIFICA EL REGLAMENTO DE LA LEY N.º 28296, LEY GENERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N.º 011-2006-ED.

I. DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL REGLAMENTO DE LA LEY N.º 28296, LEY GENERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N.º 011-2006-ED

DECRETO SUPREMO N.º 007-2020-MC
EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante el artículo 21 de la Constitución Política del Perú se establece que los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son Patrimonio Cultural de la Nación;

Que, el artículo IV, modificado por el Decreto Legislativo N° 1255 y el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N.º 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, señalan que es de interés social y de necesidad pública la identificación, generación de catastro, delimitación, actualización catastral, registro, inventario, declaración, protección, restauración, investigación, conservación, puesta en valor y difusión del Patrimonio Cultural de la Nación y su restitución en los casos pertinentes; siendo el Ministerio de Cultura la autoridad encargada de registrar, declarar y proteger el Patrimonio Cultural de la Nación;

1. Esta subsección ha sido preparada por Teresa GARCÍA-BARRERO.

Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N.º 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura, es competencia exclusiva del Ministerio en su condición de organismo rector en materia de cultura, respecto de otros niveles de gobierno en todo el territorio nacional, el dictado de normas y lineamientos técnicos para la adecuada ejecución y supervisión de la política sectorial, así como, la aplicación de las políticas nacionales en materia de cultura considerando a los gobiernos regionales, gobiernos locales y organismos privados que operan en el campo de la cultura;

Que, el artículo 7 de la Ley N.º 29565 señala que es función exclusiva del Ministerio de Cultura, respecto de otros niveles de gobierno, entre otras, realizar acciones de protección, conservación y puesta en valor del Patrimonio Cultural de la Nación; así como, cumplir y hacer cumplir el marco normativo relacionado con el ámbito de su competencia;

Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8 de la Ley N.º 29565, entre las funciones compartidas con los gobiernos regionales y locales, corresponde al Ministerio de Cultura, promover la preservación, conservación y puesta en valor del patrimonio cultural arqueológico e histórico;

Que, mediante Decreto Supremo N.º 011-2006-ED se aprobó el Reglamento de la Ley N.º 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, con la finalidad de normar la identificación, registro, inventario, declaración, defensa, protección, promoción, restauración, investigación, conservación, puesta en valor, difusión y restitución, así como la propiedad y régimen legal, de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación; en concordancia con las normas y principios establecidos en la Ley N.º 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación;

Que, el artículo 5 de la norma antes mencionada, establece que el Ministerio de Cultura tiene entre sus atribuciones dictar las normas necesarias para la gestión y uso sostenible del patrimonio cultural y en consecuencia para el registro, declaración, protección, identificación, inventario, inscripción, investigación, conservación, difusión, puesta en valor, promoción y restitución en los casos que corresponda, y aprobar las normas administrativas necesarias para ello;

Que, resulta necesario modificar algunos artículos del Reglamento de la Ley N.º 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, e incorporar otros, a efectos de garantizar la protección, preservación y conservación de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación;

De conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Perú; en el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS; en la

Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura; en la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2006-ED; y en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2013-MC;

DECRETA:

Artículo 1. *Modificación de los artículos 10, 28, 32, 33, 34, 36, 38, 39 54, 55, 56, 57, 60, 61 y 91 del Reglamento de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2006-ED.*

Modifíquense los artículos 10, 28, 32, 33, 34, 36, 38, 39 54, 55, 56, 57, 60, 61 y 91 del Reglamento de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2006-ED, conforme a los siguientes textos:

Artículo 10. *Retiro de la condición de bien cultural.*

10.1 El retiro de la condición de bien cultural, ya sea éste mueble o inmueble, es de carácter excepcional, y su requerimiento de parte implica un previo proceso de evaluación por el Ministerio de Cultura, respecto a las causales por las cuales el peticionario considera que el bien cultural ha perdido los valores culturales que motivaron su declaración como bien integrante del patrimonio cultural de la Nación.

10.2 El retiro de condición de bien cultural expedido por el Ministerio de Cultura, no exime de responsabilidad administrativa, penal o civil que se determine en el ámbito administrativo o judicial, respecto a la desaparición de valores culturales del bien materia de petición o destrucción del mismo.

Artículo 28. *Emisión de la opinión técnica favorable del Delegado Ad Hoc del Ministerio de Cultura, para la ejecución de obras que involucren bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y emisión de autorizaciones sectoriales.*

28.1. La ejecución de toda obra pública o privada de edificación nueva, remodelación, restauración, ampliación, refacción, acondicionamiento, demolición, puesta en valor o cualquier otra que involucre un bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, o ubicados en el entorno de dicho bien inmueble, requiere de la opinión técnica favorable del delegado ad hoc designado por el Ministerio de Cultura, necesaria para la emisión de la Licencia de Edificación o de Habilitación Urbana, cuando corresponda, en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones y su Reglamento; para tal efecto, el interesado debe solicitar la opinión de la propuesta de obra por parte del Delegado Ad Hoc del Ministerio de Cultura, como servicio prestado en exclusividad por el

Ministerio de Cultura, acompañando como requisito una solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del solicitante (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Datos de ubicación del inmueble materia de intervención.

- Denominación del anteproyecto o proyecto de obra.

- Número de constancia y fecha de pago.

28.2. El Ministerio de Cultura emite autorizaciones sectoriales para la ejecución de obras en espacios públicos vinculados a bienes integrantes del patrimonio cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico.

28.3. El Ministerio de Cultura emite autorizaciones sectoriales para la ejecución de intervenciones especializadas en bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico, cuando para su ejecución dichas intervenciones especializadas no requieren de una licencia municipal conforme lo regulado en la Ley N° 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones. Las intervenciones especializadas comprenden la anastylosis, el desmontaje, la liberación, la restitución, la consolidación, el mantenimiento, la conservación y otras de naturaleza similar, relacionadas con los elementos arquitectónicos ornamentales, siempre que no comprendan modificaciones estructurales.

28.4. Los trabajos de emergencia o de solo pintado en dichos bienes inmuebles, cuando no requieran licencia municipal para su ejecución, son aprobados por el Ministerio de Cultura de oficio o a instancia de parte.

28.5. El Ministerio de Cultura puede determinar los sectores de intervención de Inmuebles declarados integrantes del patrimonio cultural de la Nación, del periodo posterior al prehispánico, sean monumentos o inmuebles de valor monumental, en función a sus valores culturales y establecer los tipos de intervenciones a llevar a cabo en futuros proyectos integrales.

Artículo 32. *Independización y subdivisión.*

32.1 Los Monumentos, Inmuebles de Valor Monumental, y en inmuebles que integran Ambientes Urbano Monumentales y/o Zonas Monumentales, pueden ser independizados, previa autorización del Ministerio de Cultura, siempre y cuando la unidad inmobiliaria haya sido concebida en varias partes orgánicas y autosuficientes, de manera que dicha independización no la

afecte y se mantengan las características originales de ésta; excepto cuando el inmueble materia de solicitud contenga evidencias arqueológicas o restos prehispánicos.

32.2 No está permitida la subdivisión de Monumentos, Inmuebles de Valor Monumental, ni de inmuebles que integren Ambientes Urbano Monumentales y/o Zonas Monumentales.

32.3 No está permitida la independización ni la subdivisión de inmuebles vinculados con bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación, cuando contengan evidencias arqueológicas o restos prehispánicos, o cuando formen parte de un Sitio Histórico de Batalla.

Artículo 33. *Autorización sectorial para el trámite de independización de Monumentos, Inmuebles de Valor Monumental, y de inmuebles que integran Ambientes Urbano Monumentales, Ambientes Monumentales y/o Zonas Monumentales para fines registrales.*

33.1 La solicitud de autorización sectorial para el trámite de independización de Monumentos, Inmuebles de Valor Monumental, y de inmuebles que integran Ambientes Urbano Monumentales, Ambientes Monumentales y/o Zonas Monumentales, para fines registrales, debe ir acompañado de los siguientes requisitos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del propietario, copropietarios o representante legal (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Número de partida electrónica del inmueble a independizar.

- Número de partida electrónica del registro de mandatos y poderes del representante legal de corresponder, (se presentará en caso de ser representante legal del propietario o copropietarios).

- Número de constancia y fecha de pago.

La solicitud debe estar suscrita por los copropietarios, de corresponder.

b) Plano de ubicación y localización del inmueble, a escala 1:500 suscrito por un arquitecto y propietario o copropietarios o representante legal.

c) Planos de distribución del estado actual del lote matriz por cada nivel que incluya la propuesta de independización a escala 1:75 o 1:50, suscrito por un arquitecto y propietario o copropietarios o representante legal.

d) Memoria descriptiva que detalle la propuesta de independización y la propuesta del reglamento interno, indicando además los linderos, áreas y porcentajes de participación sobre el bien común.

33.2 Admitida la documentación, la Dirección de Patrimonio Histórico Inmueble o la Dirección Desconcentrada de Cultura del Ministerio de Cultura en su ámbito territorial, según corresponda, comunica al solicitante dentro de los cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación de la solicitud, la fecha y hora en la que se va a realizar la inspección ocular, la misma que se efectúa en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

33.3 La inspección ocular comprende un registro fotográfico y/o video, de corresponder, lo que constituye sustento para la emisión del informe técnico correspondiente.

33.4. De existir observaciones técnicas en el proceso de evaluación de la propuesta de independización, éstas deben ser detalladas a fin de ser puestas en conocimiento del solicitante, otorgándole un plazo perentorio de diez (10) días hábiles a partir del día siguiente de la recepción de la notificación para subsanar las observaciones, dicho plazo puede ser prorrogado por única vez por el término de diez (10) días hábiles adicionales, siempre y cuando se solicite antes de su vencimiento. Si las observaciones persisten, por única vez se otorgará un plazo adicional de diez (10) días para su subsanación, bajo apercibimiento de denegar la solicitud de autorización sectorial. En ningún caso se podrán realizar nuevas observaciones.

33.5 Las Direcciones Desconcentradas de Cultura otorgan la autorización sectorial para el trámite de independización en su ámbito territorial, excepto cuando se trate de solicitud de autorización sectorial para trámite de independización relacionados a monumentos históricos.

33.6 El procedimiento de autorización está sujeto a evaluación previa con silencio administrativo negativo en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, el cual culmina con la emisión de la resolución directoral correspondiente.

33.7 El acto administrativo que deniega la solicitud de autorización sectorial es susceptible de la interposición de los recursos administrativos de reconsideración y apelación, según lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 34. *Reglamentación Específica.*

El Ministerio de Cultura emite la opinión técnica favorable para la reglamentación específica de los Ambientes Urbano Monumentales, Ambientes Monumentales, Zonas Monumentales, Centros Históricos o Sitios Históricos

de Batalla acorde a las características de valor de los inmuebles y componentes urbanísticos propios del lugar, protegiendo el entorno o marco circundante, que incluya el área paisajística (natural y/o urbana), mediante su delimitación, según corresponda; esto incluye la reglamentación referida a los Derechos Adicionales de Edificación Transferibles (DAET) que se encuentren relacionados a dicho patrimonio cultural.

Artículo 36. *Plazo para el inicio de la ejecución del proyecto de intervención.*

36.1. La autorización sectorial de las inversiones o intervención en bienes culturales inmuebles, regulada en los artículos 28-A-1, 28-A-2, 28-A-3 y 28-A-4 del presente Reglamento, tendrá una vigencia de dieciocho (18) meses a efectos de iniciar su ejecución, el cual podrá ser ampliado por única vez por un plazo de seis (6) meses, a solicitud de parte.

36.2. Vencido el plazo dispuesto en el numeral anterior, el interesado deberá requerir necesariamente la autorización sectorial de un nuevo proyecto de intervención, a efectos de proceder al inicio de su ejecución.

Artículo 38. *Adecuación de obras ejecutadas sin autorización del Ministerio de Cultura.*

38.1 Sin perjuicio de las responsabilidades que acarrea la ejecución de obras vinculadas a bienes culturales inmuebles sin autorización del Ministerio de Cultura, el responsable está en la obligación de reponer el bien al estado anterior a la intervención, ciñéndose a las especificaciones técnicas que ordene el Ministerio de Cultura.

38.2 El órgano competente del Ministerio de Cultura dicta las especificaciones técnicas para que el interesado presente el proyecto de adecuación de las mismas, con la finalidad de ser revisado y aprobado por la Entidad para su ejecución, conforme a lo indicado en los artículos 28 y 28-A-1, 28-A-2, 28-A-3 y 28-A-4 del presente Reglamento, según corresponda.

Artículo 39. *Control técnico de la ejecución de las inversiones.*

El Ministerio de Cultura supervisará la ejecución de las inversiones que autorice, para lo cual, el profesional responsable remite el cronograma de la inversión previamente al inicio de su ejecución, a fin de programar las inspecciones correspondientes.

Artículo 54. *Salida temporal del país de bienes culturales muebles.*

54.1 Los bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación pueden salir del territorio nacional de manera temporal por motivos de exhibición, con fines científicos, artísticos y culturales, por estudios especializados o restauración que no puedan ser realizados en el país, y por viajes de jefes de misión, cónsules o diplomáticos acreditados.

54.2 La salida temporal del país de bienes culturales por motivos de exhibición con fines científicos, artísticos y culturales, por estudios especializados o restauración que no puedan realizarse en el territorio nacional se autoriza mediante resolución ministerial emitida por el titular del sector, previa opinión favorable del organismo competente por el plazo máximo de un año, y prorrogable por el mismo plazo, en una sola oportunidad.

54.3 Para la prórroga del plazo de exhibición de los bienes culturales que se encuentren en el extranjero se requiere de la opinión técnica de viabilidad del comisario designado.

54.4 La salida temporal del país de bienes culturales de propiedad de jefes de misión, cónsules o diplomáticos acreditados se autoriza por resolución ministerial por el tiempo que dure su misión en el extranjero y tienen como destino único las embajadas o consulados peruanos.

Artículo 55. *Retorno del bien cultural.*

Una vez transcurrido el plazo máximo autorizado, el bien cultural retorna al Perú para verificar su estado de conservación. Una vez cumplida con la verificación, puede autorizarse una nueva salida temporal del país.

Artículo 56. *Requisitos para la autorización de salida temporal del país de bienes culturales muebles.*

56.1 Toda autorización de salida temporal del país de bienes culturales muebles requiere la contratación de una póliza de seguro “clavo a clavo” contra todo riesgo, a favor del propietario del bien a valor convenido, para lo cual el propietario deberá efectuar la valorización respectiva. La autorización de salida temporal del país de bienes culturales muebles administrados por el Ministerio de Cultura, se realiza previa suscripción de convenio de préstamo entre la entidad organizadora y el Ministerio de Cultura.

56.1.1 La solicitud de autorización de salida temporal del país de bienes culturales muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación para exposiciones en el extranjero, debe ir acompañada de los siguientes requisitos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

– Datos del solicitante y del representante o coordinador (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Datos de exposición: nombre de la institución organizadora, nombre de la exposición, indicar sedes de itinerancia, ciudad y país, fechas de inauguración y clausura.

- Número del Convenio de préstamo de los bienes culturales muebles administrados por el Ministerio de Cultura.

- Declaración jurada y compromiso de la entidad organizadora de asumir la totalidad de los gastos que genera la labor del o los comisarios, tanto en territorio peruano como extranjero.

- Número de constancia y fecha de pago.

b) Copia simple del listado valorizado de bienes culturales muebles materia de autorización, indicando su denominación y número de registro nacional que lo identifica.

c) Copia simple del Proyecto museográfico donde se precise además los fines científicos, artísticos o culturales de la exposición.

d) Copia simple del Reporte de instalaciones (Facility Report) del lugar de exposición.

e) Copia simple de la Póliza de Seguro “Clavo a Clavo” contra todo riesgo y a valor convenido, donde se especifica que el beneficiario es el Ministerio de Cultura y/o el propietario según corresponda.

56.1.2 El procedimiento de autorización está sujeto a evaluación previa con silencio administrativo negativo en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, el cual culmina con la emisión de la resolución ministerial.

56.1.3 La vigencia de la autorización es por el tiempo solicitado el cual no podrá exceder al plazo establecido en el artículo 34.2 de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

56.2.1 La solicitud de modificación de la autorización de salida temporal del país de bienes culturales muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación por cambio de sede de exposición, debe ir acompañada de los siguientes requisitos:

- a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del solicitante y del representante o coordinador.

- Datos de la exposición: número de la resolución de autorización, nombre de la exposición, nuevas sedes de itinerancia, ciudad y país, fechas de inauguración y clausura.

- Declaración jurada y compromiso de la entidad organizadora de asumir la totalidad de los gastos que genera la labor del o los comisarios, tanto en el territorio peruano como extranjero.

- Número de constancia y fecha de pago.

b) Copia simple de la Póliza de Seguro “Clavo a Clavo”, contra todo riesgo y a valor convenido, en la cual se especifique la(s) nueva(s) sede(s) de exposición, y que el beneficiario es el Ministerio de Cultura y/o propietario según corresponda.

c) Copia simple del Proyecto museográfico donde se precise además los fines científicos, artísticos o culturales de la exposición, en la nueva sede.

d) Copia simple del Reporte de instalaciones (Facility Report) del lugar de exposición de la nueva sede.

56.2.2 El procedimiento de autorización está sujeto a evaluación previa con silencio administrativo negativo en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, el cual culmina con la emisión de la resolución ministerial.

56.3.1 La solicitud de autorización de prórroga de plazo de salida temporal del país de bienes culturales muebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación para exposiciones debe ir acompañada de los siguientes requisitos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del solicitante y del representante o coordinador. (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Datos de la exposición: número de la resolución de autorización, nombre de la institución organizadora, nombre de la exposición: indicar nueva fecha de clausura.

- Número de constancia y fecha de pago.

b) Copia simple de la Póliza de Seguro “Clavo a Clavo” contra todo riesgo y a valor convenido, por el plazo adicional solicitado, donde se especifica que el beneficiario es el Ministerio de Cultura y/o el propietario según corresponda.

56.3.2 El procedimiento de autorización está sujeto a evaluación previa con silencio administrativo negativo en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, el cual culmina con la emisión de la resolución ministerial.

56.3.3 La vigencia de la autorización es por el tiempo solicitado el cual no podrá exceder al plazo establecido en el artículo 34.2 de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

56.4.1 La autorización de salida temporal del país de bienes culturales muebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación de propiedad de jefes de misión, cónsules o diplomáticos acreditados, debe ir acompañada de los siguientes requisitos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del solicitante (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Número de Resolución de designación de la misión diplomática.

- Número de constancia y fecha de pago.

b) Copia simple del listado valorizado de los bienes culturales muebles materia de autorización, indicando su denominación y número de registro nacional que lo identifica.

c) Copia simple de la Póliza de Seguro “Clavo a Clavo” contra todo riesgo y a valor convenido, a nombre del propietario.

56.4.2 El procedimiento de autorización está sujeto a evaluación previa con silencio administrativo negativo en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, el cual culmina con la emisión de la resolución ministerial.

56.4.3 La vigencia de la autorización es por el plazo establecido en el artículo 34.1 literal d) de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

Artículo 57. *Prohibición de salida definitiva de bienes culturales.*

Está prohibida, sin excepción alguna, la salida del país de bienes culturales muebles de manera definitiva.

Artículo 60. *Emisión de Certificado de bien mueble no perteneciente Patrimonio Cultural de la Nación con fines de exportación.*

60.1 Para la exportación de un bien mueble que por su condición, es considerado como réplica de bien cultural, se requiere necesariamente del certificado emitido por el organismo competente que descarte su condición de bien mueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, de lo contrario dicho bien será incautado.

60.2 La certificación se realiza mediante servicio prestado en exclusividad por el organismo competente, acompañando los siguientes requisitos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del solicitante.
- Número de constancia y fecha de pago.

b) Fotografía conforme a las especificaciones establecidas por el órgano competente.

60.3 La verificación del bien mueble no integrante del Patrimonio Cultural de la Nación cuyo certificado se solicite, se realizará en la Sede del organismo competente, sólo en casos justificados se realizará fuera de dicha Sede y serán de cargo del solicitante. El plazo para la emisión de la certificación no será mayor a siete (7) días hábiles.

Artículo 61. *Del Comisario.*

61.1 Sólo podrán ser designados comisarios de una exposición aquellos servidores del Ministerio de Cultura, incluyendo la Biblioteca Nacional del Perú o el Archivo General de la Nación, que sean especialistas en el tipo de bienes culturales muebles que conforman la mayoría de los bienes culturales solicitados para la exposición.

61.2 Dependiendo de la naturaleza de los bienes culturales que conforman la exposición, o por las características y/o condiciones particulares de la misma, pueden ser designados dos o más comisarios.

Artículo 91. *Determinación e inscripción de la condición de museo.*

La condición de museo la determina exclusivamente el Ministerio de Cultura. Es un procedimiento gratuito y constituye un requisito indispensable para su funcionamiento como tal.

91.1 La condición de museo se determinará a través de la emisión de una resolución de la Dirección General de Museos, para lo cual se debe presentar los siguientes requisitos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

– Datos del solicitante (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Número de partida electrónica de la SUNARP de la constitución de la institución.

b) Soporte Electrónico que contenga los siguientes documentos:

- Copia simple del Certificado de Inspección Técnica de Seguridad en Edificaciones – ITSE expedida por la Municipalidad que corresponda.

- Programación museológica y guion museográfico (conforme al formulario que en anexo forman parte del presente Reglamento).

- Inventario de los bienes culturales (conforme al formulario que en anexo forma parte del presente Reglamento, que contiene datos de identificación, datos técnicos, de origen, de conservación, de propiedad y de ubicación).

- Organigrama del museo, indicando brevemente el perfil profesional técnico del personal.

- Plano de ubicación con UTM acotado a escala 1/500.

- Archivo fotográfico de todas las áreas públicas y de las áreas privadas con colecciones en digital en formato JPEG, considerando distintas vistas exteriores y de todas las áreas del museo. Peso promedio por foto: 2 MB.

91.2 El procedimiento está sujeto a evaluación previa con silencio administrativo negativo en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles; el cual culmina con la emisión de la resolución de la Dirección General de Museos y la inscripción del museo en el Registro Nacional de Museos Públicos y Privados.

91.3 La vigencia de la inscripción es de plazo indeterminado.

Artículo 2. *Incorporación de los artículos 26-A, 28-A-1, 28-A-2, 28-A-3, 28-A-4, 28-A-5, 28-A-6, 28-D, 48-A, 51-A y 54-A al Reglamento de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2006-ED.*

Incorpórense los artículos 26-A, 28-A-1, 28-A-2, 28-A-3, 28-A-4, 28-A-5, 28-A-6, 28-D, 48-A, 51-A y 54-A, al Reglamento de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2006-ED, conforme a los siguientes textos:

Artículo 26-A. *Emisión del Certificado de Condición Cultural de bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, del periodo posterior al prehispánico.*

El Ministerio de Cultura, emite a solicitud de parte, el Certificado de Condición Cultural de los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, del periodo posterior al prehispánico, en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles, como servicio prestado en exclusividad, previa presentación por parte del interesado del siguiente requisito:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del solicitante (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Datos del bien inmueble.

- Número de constancia y fecha de pago.

Artículo 28-A-1. *Autorización sectorial para la ejecución de inversiones en espacios públicos vinculadas a bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico.*

28-A-1.1 La autorización del Ministerio de Cultura para la ejecución de inversiones en espacios públicos vinculados a bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico, puede implicar o no intervención de mobiliario urbano y/o pintado.

28-A-1.2 La autorización del Ministerio de Cultura para la ejecución de inversiones públicas vinculadas a bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico, es emitida por la Dirección General de Patrimonio Cultural o la autoridad delegada para dicho efecto.

28-A-1.3 Corresponderá a las Direcciones Desconcentradas de Cultura emitir dichas autorizaciones en su ámbito territorial, excepto cuando se trate de obras relacionadas a monumentos históricos o sitios históricos de Batalla integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación; entendiéndose que dicha excepción comprende los proyectos de obras subterráneas o aéreas en espacios públicos, que puedan afectar directa o indirectamente a dichos bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación. En estos casos de excepción, la Dirección General de Patrimonio Cultural emite la autorización sectorial.

28-A-1.4 Admitida la documentación, la Dirección de Patrimonio Histórico Inmueble o la Dirección Desconcentrada de Cultura del Ministerio de Cultura en su ámbito territorial, según corresponda, comunica al solicitante dentro de los cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación de la solicitud, la fecha y hora en la que se va a realizar la inspección ocular, la misma que se efectúa en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

28-A-1.5 La inspección ocular comprende un registro fotográfico y/o video, de corresponder, lo que constituye sustento para la emisión del informe técnico correspondiente.

28-A-1.6 De existir observaciones técnicas en el proceso de evaluación de la propuesta, éstas deben ser detalladas a fin de ser puestas en conocimiento del solicitante, otorgándole un plazo perentorio de diez (10) días hábiles a partir del día siguiente de la recepción de la notificación para subsanar las observaciones, dicho plazo puede ser prorrogado por única vez por el término de diez (10) días hábiles adicionales, siempre y cuando se solicite antes de su vencimiento. Si las observaciones persisten, por única vez se otorgará un plazo adicional de diez (10) días para su subsanación, bajo apercibimiento de denegar la solicitud de autorización sectorial. En ningún caso se podrán realizar nuevas observaciones.

28-A-1.7 La Dirección General de Patrimonio Cultural o la Dirección Desconcentrada de Cultura, resuelve la solicitud de autorización sectorial en el plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir de su presentación, según su competencia y se sujeta a las normas del silencio administrativo negativo.

28-A-1.8 El acto administrativo que deniega la solicitud de autorización sectorial es susceptible de la interposición de los recursos administrativos de reconsideración y apelación, según lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

28-A-1.9 La autorización sectorial a que se refiere el numeral 28-A-1.8, tendrá una vigencia de dieciocho (18) meses a efectos de iniciar su ejecución, el cual podrá ser ampliado por única vez por un plazo de seis (6) meses, a solicitud de parte. Vencido este plazo, el interesado deberá requerir necesariamente la autorización sectorial de un nuevo proyecto de intervención, a efectos de proceder al inicio de su ejecución.

28-A-1.10 La solicitud de autorización sectorial para la ejecución de obras en espacios públicos vinculadas a bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico, debe ir acompañada de los siguientes requisitos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del Solicitante o del representante legal o apoderado del gobierno local o regional que presenta la solicitud.

- Número de partida electrónica del registro de mandatos y poderes del representante legal.

- Número de constancia y fecha de pago.

b) Planos de intervención a escala 1:500 o 1:50, suscritos por un arquitecto y el solicitante o del representante legal o apoderado del gobierno local o regional que presenta la solicitud, en versión impresa y en digital, que incluya:

- Ubicación.
- Plantas (por niveles).
- Cortes y elevaciones (que incluya mobiliario urbano, especies arbóreas, entre otros que sean materia de intervención), con indicación del sector a intervenir.
- Estado de conservación (patologías, niveles de deterioros, evaluación estructural – resistencia de materiales, cargas, componentes estructurales, entre otros).

En los planos deben figurar los niveles de piso terminado, materiales de acabados, nomenclatura de espacios, mobiliario urbano, buzones, cajas de registro, hidrantes, y ubicación de tableros eléctricos y/o similares así como los puntos de abastecimiento, cisternas y especies arbóreas, indicando su ubicación y tipo; siendo necesaria estas indicaciones para la evaluación correcta del proyecto.

c) Planos de intervención a escala 1:500 o 1:50, suscrito por un arquitecto y el solicitante o del representante legal o apoderado del gobierno local o regional que presenta la solicitud, en versión impresa y en digital:

- Ubicación.
- Plantas (por niveles).
- Cortes y elevaciones del espacio público y/o sector a intervenir (que incluya mobiliario urbano, especies arbóreas, entre otros), señalando materiales y color de pisos, bancas, papeleras, postes, glorietas, esculturas, buzones, niveles de piso, nomenclaturas, entre otros.
- Detalles arquitectónicos (diseño o tramas de pisos, mobiliario urbano, especies arbóreas, entre otros), constructivos y ornamentales de los elementos a intervenir, consignando las especificaciones técnicas necesarias (materiales, acabados, dimensiones, entre otros), para la conservación o mantenimiento o restitución de pistas, veredas, mobiliario urbano, u otras intervenciones cuya área comprenda pisos, esculturas, placas, pintado de fachadas, especies arbóreas, entre otros.

d) Memoria descriptiva que detalle la siguiente información:

- Estado actual del espacio público por intervenir, detallando los elementos arquitectónicos a intervenir con fotografías, y su ubicación en plano integral en escala adecuada para su lectura.
- Investigación histórica que motiva la propuesta de intervención, incluyendo los planos, fotografías o grabados anteriores del espacio público, así como información relacionada a la evolución urbanística de su entorno.

– Justificación de los criterios y especificaciones técnicas planteadas de la propuesta de intervención, indicando si se ha hecho investigación fito-sanitario cuando corresponda.

e) Planos de otras especialidades donde se visualice el esquema estructural y/o el diseño y/o trazo del sistema eléctrico y/o del sistema sanitario de la intervención a realizar.

28-A-1.11 La solicitud de autorización sectorial para la ejecución de obras en espacios públicos vinculados a bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico, que implique pintado, adicionalmente a los requisitos señalados en el numeral precedente, debe acompañar el Estudio de Estratigrafía Pictórica en puertas, ventanas, paramentos, balcones, carpintería metálica, y elementos ornamentales de fachada, para pintado de edificaciones declaradas monumento y/o de valor monumental. Este Estudio debe incluir la propuesta de color (Consta de calas de color, investigación histórica y de requerirse análisis físico-químicos).

Para los inmuebles de entorno integrantes de zonas monumentales, el pintado se realizará de acuerdo a la cartilla de colores establecida para cada zona y aprobada por el Ministerio de Cultura, en los casos que corresponda.

Artículo 28-A-2. *Autorización sectorial para la ejecución de intervenciones especializadas en bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico, que no requieren de una licencia municipal, comprendiendo la anastylosis, el desmontaje, la liberación, la restitución, la consolidación, el mantenimiento, la conservación y otras de naturaleza similar, relacionadas con los elementos arquitectónicos ornamentales, siempre que no comprendan modificaciones estructurales.*

28-A-2.1 La autorización del Ministerio de Cultura para la ejecución de intervenciones especializadas en bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico, que no requieren de una licencia municipal, comprendiendo la anastylosis, el desmontaje, la liberación, la restitución, la consolidación, el mantenimiento, la conservación y otras de naturaleza similar, relacionadas con los elementos arquitectónicos ornamentales, siempre que no comprendan modificaciones estructurales; pueden implicar o no pintado.

28-A-2.2 La Dirección General de Patrimonio Cultural o la autoridad delegada para dicho efecto, emite la autorización sectorial para la ejecución de estas intervenciones especializadas.

28-A-2.3 Corresponderá a las Direcciones Desconcentradas de Cultura emitir dichas autorizaciones sectoriales en su ámbito territorial, excepto cuando se trate de proyectos de intervención relacionados a monumentos históricos

o sitios históricos de Batalla integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación; en estos casos de excepción, la Dirección General de Patrimonio Cultural emite la autorización sectorial.

28-A-2.4 Admitida la documentación, la Dirección de Patrimonio Histórico Inmueble o la Dirección Desconcentrada de Cultura del Ministerio de Cultura en su ámbito territorial, según corresponda, comunica al solicitante dentro de los cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación de la solicitud, la fecha y hora en la que se va a realizar la inspección ocular, la misma que se efectúa en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

28-A-2.5 La inspección ocular comprende un registro fotográfico y/o video, de corresponder, lo que constituye sustento para la emisión del informe técnico correspondiente, que recomendará la autorización o no de la intervención.

28-A-2.6 De existir observaciones técnicas en el proceso de evaluación de la propuesta, éstas deben ser detalladas a fin de ser puestas en conocimiento del solicitante, otorgándole un plazo perentorio de diez (10) días hábiles a partir del día siguiente de la recepción de la notificación para subsanar las observaciones, dicho plazo puede ser prorrogado por única vez por el término de diez (10) días hábiles adicionales, siempre y cuando se solicite antes de su vencimiento. Si las observaciones persisten, por única vez se otorgará un plazo adicional de diez (10) días para su subsanación, bajo apercibimiento de denegar la solicitud de autorización sectorial. En ningún caso se podrán realizar nuevas observaciones.

28-A-2.7 La Dirección Desconcentrada de Cultura, la Dirección General de Patrimonio Cultural o la autoridad a quien esta última delegue para dicho efecto, resuelve la solicitud de autorización sectorial en el plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir de su presentación, según su competencia y se sujeta a las normas del silencio administrativo negativo.

28-A-2.8 El acto administrativo que deniega la solicitud de autorización sectorial es susceptible de la interposición de los recursos administrativos de reconsideración y apelación, según lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

28-A-2.9 La autorización sectorial a que se refiere el numeral 28-A-2.8, tendrá una vigencia de dieciocho (18) meses a efectos de iniciar su ejecución, el cual podrá ser ampliado por única vez por un plazo de seis (6) meses, a solicitud de parte. Vencido este plazo, el interesado deberá requerir necesariamente la autorización sectorial de un nuevo proyecto de intervención, a efectos de proceder al inicio de su ejecución.

28-A-2.10 La solicitud para la autorización sectorial para la ejecución de intervenciones especializadas en bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación del periodo posterior al prehispánico, que no requieren de una licencia municipal, comprendiendo la anastylosis, el desmontaje, la liberación, la restitución, la consolidación, el mantenimiento, la conservación y otras de naturaleza similar, relacionadas con los elementos arquitectónicos ornamentales, siempre que no comprendan modificaciones estructurales, debe ir acompañada de los siguientes requisitos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del propietario, copropietarios o representante legal (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Número de partida electrónica del inmueble.

- Número de partida electrónica del registro de mandatos y poderes del representante legal de corresponder, (se presentará en caso de ser representante legal del propietario o copropietarios).

- Número de constancia y fecha de pago.

La solicitud debe estar suscrita por los copropietarios, de corresponder.

b) Memoria descriptiva que detalle la siguiente información:

- Estado actual del inmueble por intervenir, considerando la información registral que presente el inmueble, detallando el estado de conservación de los elementos arquitectónicos a intervenir con fotografías, y su ubicación en plano integral en escala adecuada para su lectura.

- Investigación histórica que motiva la propuesta de intervención, incluyendo copia de planos de la edificación original o fotografías antiguas.

- Justificación de los criterios y especificaciones técnicas planteadas de la propuesta de intervención.

c) Planos del estado actual del inmueble por intervenir (ubicación, plantas, cortes, elevaciones, detalles), según corresponda, a escala 1:500, precisando el estado de conservación; suscrito por un arquitecto y propietario o copropietarios o representante legal, en versión impresa y digital.

d) Planos de intervención propuesta (ubicación, plantas, cortes, elevaciones, detalles), según corresponda, a escala 1:500, precisando el estado de

conservación, detalles constructivos y ornamentales de los elementos a intervenir, según corresponda, consignando las especificaciones técnicas necesarias, materiales, acabados, dimensiones; suscrito por un arquitecto y propietario o copropietarios o representante legal, en versión impresa y digital.

28-A-2.11 En caso la intervención implique pintado, adicionalmente a los requisitos señalados en el numeral precedente, debe acompañar el Estudio de Estratigrafía Pictórica en puertas, ventanas, paramentos, balcones, carpintería metálica, y elementos ornamentales de fachada, para el pintado de edificaciones declaradas Monumento y/o de valor monumental. Este Estudio debe incluir la propuesta de color (consta de calas de color, investigación histórica y de requerirse análisis físico-químicos).

Para los inmuebles de entorno integrantes de zonas monumentales, el pintado se realizará de acuerdo a la cartilla de colores establecida para cada zona y aprobada por el Ministerio de Cultura, en los casos que corresponda.

Artículo 28-A-3. *Autorización sectorial de Avisos y Anuncios en Monumentos, Inmuebles de Valor Monumental y en inmuebles integrantes de Ambientes Urbanos Monumentales y/o Zonas Monumentales.*

La solicitud para la aprobación sectorial de avisos y anuncios en Monumentos, Inmuebles de Valor Monumental y en inmuebles que se encuentren en Ambientes Urbanos Monumentales y/o Zonas Monumentales, debe ir acompañada de los siguientes requisitos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del propietario, copropietarios, arrendatario o subarrendatario o representante legal (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Número de partida electrónica del inmueble o copia simple del contrato de compraventa o copia simple de contrato de arrendamiento o subarrendamiento, (se presentará en caso de no contar con la inscripción registral del contrato de compra venta o contrato de arrendamiento o contrato de subarrendamiento).

- Número de constancia y fecha de pago.

- Descripción de la propuesta para la instalación del aviso o anuncio.

La solicitud debe estar suscrita por los copropietarios, de corresponder.

b) Plano o esquema de la fachada del inmueble con aviso o anuncio propuesto a escala 1:50, consignando las dimensiones o cotas del aviso o anuncio, así como la altura desde el nivel de vereda, en versión física, suscrito por un arquitecto y propietario o copropietarios o representante legal.

c) Planos de detalle del aviso o anuncio a escala 1:10, indicando la información en cuanto a: dimensiones, tipo de letra, color, materiales y tipos de fijación e iluminación, según reglamentación vigente, en versión física, suscrito por un arquitecto y propietario o copropietarios o representante legal.

28-A-3.1 Admitida la documentación, la Dirección de Patrimonio Histórico Inmueble o la Dirección Desconcentrada de Cultura del Ministerio de Cultura en su ámbito territorial, según corresponda, comunica al solicitante dentro de los cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación de la solicitud, la fecha y hora en la que se va a realizar la inspección ocular, la misma que se efectúa en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

28-A-3.2 La inspección ocular comprende un registro fotográfico y/o video, de corresponder, lo que constituye sustento para la emisión del informe técnico correspondiente.

28-A-3.3 De existir observaciones técnicas en el proceso de evaluación de la propuesta, éstas deben ser detalladas a fin de ser puestas en conocimiento del solicitante, otorgándole un plazo perentorio de diez (10) días hábiles a partir del día siguiente de la recepción de la notificación para subsanar las observaciones, dicho plazo puede ser prorrogado por única vez por el término de diez (10) días hábiles adicionales, siempre y cuando se solicite antes de su vencimiento. Si las observaciones persisten, por única vez se otorgará un plazo adicional de diez (10) días para su subsanación, bajo apercibimiento de denegar la solicitud de autorización sectorial. En ningún caso se podrán realizar nuevas observaciones.

28-A-3.4 La Dirección General de Patrimonio Cultural o la autoridad delegada para dicho efecto, resuelve la solicitud de autorización, en el plazo de veinte (20) días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud.

28-A-3.5 El presente procedimiento es de evaluación previa, sujeta al silencio administrativo negativo.

28-A-3.6 El acto administrativo que deniega la solicitud de autorización sectorial es susceptible de la interposición de los recursos administrativos de reconsideración y apelación, según lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

28-A-3.7 En ningún caso procederá la autorización sectorial de avisos y anuncios en el ámbito de bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación correspondientes al periodo prehispánico, en salvaguarda de su intangibilidad regulada por el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N° 28296.

Artículo 28-A-4. *Autorización sectorial para la emisión de licencia de funcionamiento en Monumentos integrantes del patrimonio cultural de la Nación.*

La solicitud presentada ante el Ministerio de Cultura para requerir la autorización sectorial para la emisión de licencia de funcionamiento en Monumentos declarados bien integrante del patrimonio cultural de la Nación, debe ir acompañado de como requisito una solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del propietario, copropietarios, arrendatario o subarrendatario o representante legal (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Número de partida electrónica del inmueble o copia simple del contrato de compraventa o copia simple de contrato de arrendamiento o subarrendamiento, (se presentará en caso de no contar con la inscripción registral del contrato de compra venta o contrato de arrendamiento o contrato de subarrendamiento).

- Número de constancia y fecha de pago.

- Uso propuesto detallando el área de la autorización sectorial para la emisión de licencia de funcionamiento (área y/o ambientes del inmueble).

La solicitud debe estar suscrita por los copropietarios, de corresponder.

28-A-4.1 Admitida la documentación, la Dirección de Patrimonio Histórico Inmueble o la Dirección Desconcentrada de Cultura del Ministerio de Cultura en su ámbito territorial, según corresponda, evalúa la solicitud y comunica al administrado dentro de los cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación de la solicitud, la fecha y hora en la que se va a realizar la inspección ocular, la misma que se efectúa en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

28-A-4.2 La inspección ocular comprenderá un registro fotográfico y/o video, de corresponder, lo que constituye sustento para la emisión del informe técnico correspondiente, que recomendará la autorización o no de la solicitud presentada.

28-A-4.3 De existir observaciones técnicas en el proceso de evaluación de la solicitud, éstas deben ser detalladas por única vez en el respectivo informe técnico de la Dirección de Patrimonio Histórico Inmueble del Ministerio de Cultura.

28-A-4.4 La Dirección General de Patrimonio Cultural o la autoridad delegada para dicho efecto, resuelve la solicitud de autorización sectorial para la emisión de licencia de funcionamiento en Monumentos declarados bien integrante del patrimonio cultural de la Nación.

28-A-4.5 El procedimiento de autorización está sujeto a evaluación previa, con silencio administrativo negativo en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, el cual culmina con la emisión de la resolución directoral correspondiente.

28-A-4.6 El acto administrativo que deniega la solicitud de autorización sectorial para la emisión de licencia de funcionamiento en Monumentos declarados bien integrante del patrimonio cultural de la Nación, puede ser impugnado a través de los recursos de reconsideración o apelación, según lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

28-A-4.7 En ningún caso procederá la autorización sectorial para la emisión de licencias de funcionamiento en el ámbito de bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación correspondientes al periodo prehispánico, en salvaguarda de su intangibilidad regulada por el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N° 28296.

28-A-4.8 La vigencia de la autorización es de plazo indeterminado.

Artículo 28-A-5. *Intervenciones en Sitios Históricos de Batalla.*

Toda intervención en Sitios Históricos de Batalla debe adecuarse a lo dispuesto en su respectivo Plan de Gestión, el Reglamento para la Gestión de los Sitios Históricos de Batalla y de corresponder en los procedimientos regulados en el presente Reglamento.

Artículo 28-A-6. *Intervenciones en Paisajes Culturales.*

28-A-6.1 Las intervenciones en Paisajes Culturales declarados integrantes del patrimonio cultural de la Nación, son autorizadas por el Ministerio de Cultura conforme a lo dispuesto en los sectores determinados en su delimitación y detallados en su plan de gestión aprobado por el Ministerio de Cultura conforme a la reglamentación de la materia.

28-A-6.2 Las intervenciones en los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación, que estén comprendidos en el ámbito de delimitación del Paisaje Cultural, sean del periodo prehispánico o posterior al prehispánico, deben contar con la autorización del Ministerio de Cultura para su ejecución, conforme a lo señalado en los artículos precedentes, según corresponda.

Artículo 28-D. *Espacios Culturales asociados al Patrimonio Cultural Inmaterial.*

28-D.1 Los Espacios Culturales asociados al Patrimonio Cultural Inmaterial están referidos a lugares que son consustanciales a las manifestaciones del

patrimonio cultural inmaterial y que constituyen uno de los soportes fundamentales de su valor, significado, desarrollo y continuidad. Involucra, entre otros, los sitios sagrados o rituales, las áreas vinculadas a la identidad, historia, cosmovisión y memoria, así como los espacios de desenvolvimiento de conocimientos y saberes ancestrales de comunidades o colectivos culturales.

28-D.2 Las intervenciones en estos Espacios Culturales son autorizadas por el Ministerio de Cultura conforme a lo dispuesto en los sectores determinados y detallados en su plan de gestión aprobado por el Ministerio de Cultura conforme a la norma de la materia.

28-D.3 Las intervenciones en los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación, que pudiera comprender el ámbito de delimitación del Espacio Cultural, sean del periodo prehispánico o posterior al prehispánico deben contar con la autorización del Ministerio de Cultura para su ejecución, conforme a lo señalado en los artículos precedentes, según corresponda a cada caso.

Artículo 48-A. *Autorización de Proyectos de investigación de colecciones y fondos museográficos administrados por el Ministerio de Cultura.*

48-A.1 Los Proyectos de investigación de colecciones y fondos museográficos administrados por el Ministerio de Cultura son investigaciones de carácter científico ejecutadas sobre bienes culturales muebles que se encuentran en museos y depósitos del Ministerio de Cultura. Son dirigidas por personas naturales con título profesional o grado académico de maestro o doctor en disciplinas afines a los bienes culturales muebles que serán estudiados. En el caso de bachilleres o egresados que busquen realizar sus tesis, podrán desarrollar proyectos de investigación con un docente asesor de la universidad a la que pertenezcan, quien asumirá la dirección del proyecto.

48-A.2 Si la investigación requiere del traslado de ciertos bienes culturales muebles para análisis especializados que no pueden realizarse dentro de las instalaciones del Ministerio de Cultura, el director deberá coordinar previamente con la Dirección General de Museos o las Direcciones Desconcentradas de Cultura, según corresponda, a fin de conocer que bienes requerirán de la adquisición de una póliza de seguro “clavo a clavo”.

48-A.3 La solicitud para realizar un Proyecto de investigación de colecciones y fondos museográficos administrados por el Ministerio de Cultura será presentada en la Sede Central del Ministerio de Cultura o en las Direcciones Desconcentradas de Cultura, de acuerdo a su jurisdicción.

48-A.4 Las Direcciones Desconcentradas de Cultura remitirán a la Dirección General de Museos el expediente con la opinión técnica del museo correspondiente, que incluirá un diagnóstico del estado de conservación de los bienes culturales y la opinión sobre la metodología de conservación

preventiva propuesta en el proyecto. En el caso de los museos de Lima, la Dirección General de Museos solicitará a un especialista del museo la elaboración del respectivo informe técnico.

48-A.5 La resolución de autorización será emitida por la Dirección General de Museos, en la cual se indicará las instalaciones y el plazo para realizar la investigación. Asimismo, se notificará al administrado y se remitirá una copia de la resolución al museo o a las Direcciones Desconcentradas de Cultura, según corresponda, las que se encargarán de supervisar el desarrollo del proyecto.

48-A.6 La autorización para realizar proyectos de investigación de colecciones y fondos museográficos administrados por el Ministerio de Cultura se otorgará por un plazo máximo de un (01) año, pudiendo ser extendido por única vez por el plazo autorizado, previa comunicación del administrado justificando las razones que impidieron cumplir con los objetivos y un nuevo cronograma.

48-A.7 El procedimiento está sujeto a evaluación previa con silencio administrativo negativo en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles; el cual culmina con la emisión de la resolución de autorización.

48-A.8 Para solicitar la autorización para la realización de Proyectos de Investigación de Colecciones y Fondos Museográficos administrados por el Ministerio de Cultura, el director del proyecto presenta un expediente que contenga los siguientes documentos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del solicitante (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Número de constancia y fecha de pago.

- Autorización del director del proyecto para que el Ministerio de Cultura difunda el informe de resultados.

En caso de bachilleres o egresados que desarrollen trabajos de tesis, el trámite será gratuito.

b) Proyecto de Investigación en idioma español contenido en CD o DVD (textos, tablas, fotos e imágenes en formatos.doc,.pdf,.xls, y/o.jpg), de acuerdo al siguiente esquema:

- Resumen.

- Ubicación y antecedentes de la colección a investigar.

- Objetivos de la investigación.
- Preguntas de investigación e hipótesis.
- Cronograma de trabajo.
- Metodología y técnicas durante los trabajos de gabinete y laboratorio, indicando los tipos de muestreo y análisis que se proyecten realizar. En el caso de análisis a realizarse en laboratorios especializados deberá contarse con la debida justificación para su traslado.

- Equipo de trabajo y responsabilidades.
- Metodología de conservación preventiva.
- Bibliografía.
- Currículum vitae del director del Proyecto.

c) Carta de compromiso de no afectación al Patrimonio Cultural de la Nación suscrita por el director del proyecto, asumiendo la responsabilidad de los eventuales daños y perjuicios ocasionados.

d) Copia simple de carta de presentación del docente asesor, para egresados y bachilleres que desarrollen proyectos de tesis.

e) Copia simple de póliza de seguro “Clavo a Clavo” contra todo riesgo y a valor convenido de los bienes museables o inscritos en el Registro Nacional de Bienes Culturales Muebles, que requieran ser trasladados dentro del ámbito nacional para análisis especializados, no destructivos, que no puedan ser realizados dentro de todas las entidades administradas por el Ministerio de Cultura, de corresponder.

48-A.9 Al finalizar la investigación, en un plazo máximo de seis (6) meses, el director, sin perjuicio de su propiedad intelectual, presentará en la Sede Central del Ministerio de Cultura o Direcciones Desconcentradas de Cultura el informe de resultados en idioma español, contenido en CD o DVD (textos, tablas, fotos e imágenes en formato.doc,.pdf,.xls, y/o.jpg), de acuerdo al siguiente esquema:

- Resumen.
- Antecedentes, problemática y objetivos de la investigación.
- Metodología aplicada en el desarrollo de la investigación.
- Resultados de la investigación.
- Acciones de conservación preventiva.
- Conclusiones y recomendaciones.
- Equipo de investigadores y responsabilidades.
- Inventario de bienes culturales muebles investigados.

- Medios de difusión de la investigación.
- Bibliografía.
- Archivo fotográfico del proceso de trabajo y de los bienes culturales muebles investigados.

48.A.10 Si el informe de resultados fuera observado se pondrá en conocimiento del director del proyecto, otorgándole un plazo de diez (10) hábiles para subsanar las observaciones. Si las observaciones persisten, por única vez se otorgará un plazo adicional de diez (10) días hábiles para su subsanación, bajo apercibimiento de no brindar la conformidad al informe de resultados. En ningún caso se podrán realizar nuevas observaciones.

48.A.11 La Dirección General de Museos emite el acto administrativo de conformidad o no conformidad del informe de resultados del proyecto de investigación de colecciones y fondos museográficos en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles.

48.A.12 No se podrá autorizar nuevos proyectos de investigación de colecciones y fondos museográficos si el solicitante adeuda la presentación del informe de resultados o no cumple con levantar las observaciones o no acredita la devolución de los bienes trasladados dentro del ámbito nacional para análisis especializados.

Artículo 51-A. *Autorización de traslado de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación para exposición temporal dentro del territorio nacional.*

51-A.1 Todo traslado de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación para exposición temporal dentro del territorio nacional, requiere de la autorización del órgano competente, en el marco de las regulaciones establecidas en la Ley.

51-A.2 Para solicitar la autorización de traslado de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación para exposición temporal dentro del territorio nacional, se debe presentar los siguientes requisitos:

a) Solicitud presentada mediante formulario o documento que contenga la misma información, en el que se detalla lo siguiente:

- Datos del solicitante y del representante (Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería. En el caso de personas jurídicas, dicha solicitud debe estar suscrita por su representante legal, indicando el número de RUC y el número de la partida registral).

- Número de partida electrónica y asiento de inscripción en la Superintendencia Nacional de Registros públicos (SUNARP) del poder del representante.

- Datos de la exposición: nombre de la institución organizadora, nombre de la exposición, ciudad, indicar sedes de itinerancia, fechas de inauguración y clausura.

- Número del convenio de préstamo de los bienes culturales administrados por el Ministerio de Cultura.

- Declaración jurada y el compromiso de la entidad organizadora de asumir la totalidad de los gastos que genera la labor del o los comisarios.

- Número de constancia y fecha de pago.

- b) Copia simple del listado valorizado de bienes culturales muebles, indicando su denominación y número de registro nacional que lo identifica.

- c) Copia simple del Proyecto museográfico donde se precise además los fines científicos, artísticos o culturales de la exposición.

- d) Copia simple del Reporte de instalaciones (Facility Report) del lugar de exposición.

- e) Copia simple de la Póliza de seguro “clavo a clavo” contra todo riesgo y a valor convenido, donde se especifica que el beneficiario es el Ministerio de Cultura y/o el propietario, según corresponda.

51-A.3 El procedimiento de autorización está sujeto a evaluación previa con silencio negativo en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles, por lo que deberá presentar su solicitud con la debida anticipación al inicio de la exposición.

51-A.4 La Dirección General de Museos, emite la resolución de autorización cuya vigencia no está sujeta a plazo.

Artículo 54-A. *Condición para la salida temporal del país de bienes culturales muebles.*

El traslado de los bienes culturales muebles administrados por el Ministerio de Cultura para exposiciones en el extranjero deben contar previamente con la suscripción de un convenio específico que establezca los compromisos entre el Ministerio de Cultura y la Entidad Organizadora de la exposición, con el fin de garantizar las óptimas condiciones técnicas de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, durante el período de exposición.

Artículo 3. *Modificación del epígrafe del subcapítulo 3 del capítulo VI del Reglamento de la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N.° 011-2006-ED.*

Modifíquese el epígrafe del subcapítulo 3 del capítulo VI del Reglamento de la Ley N° 28296, Ley General de Patrimonio Cultural de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2006-ED, conforme al siguiente texto:

“Subcapítulo 3

Salida temporal del país de bienes culturales muebles”

Artículo 4. *Financiamiento.*

La implementación de la presente norma reglamentaria se financia con cargo al presupuesto institucional del Pliego 003 Ministerio de Cultura, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Artículo 5. *Refrendo.*

El presente Decreto Supremo es refrendado por el Ministro de Cultura.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL

Única. *Normas complementarias.*

Facúltase al Ministerio de Cultura a expedir las disposiciones complementarias que resulten necesarias para la aplicación del presente Decreto Supremo.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única. *Derogación.*

Derógase el artículo 28-A del Reglamento de la

Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2006-ED, modificado por Decreto Supremo N° 001-2016-MC.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los cuatro días del mes de junio del año dos mil veinte.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO

Presidente de la República

ALEJANDRO ARTURO NEYRA SÁNCHEZ

Ministro de Cultura

República Dominicana¹

SUMARIO: I. LEY N.º 340-19, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2019, MEDIANTE LA CUAL SE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE INCENTIVO Y FOMENTO DEL MECENAZGO CULTURAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA.

I. LEY N.º 340-19, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2019, MEDIANTE LA CUAL SE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE INCENTIVO Y FOMENTO DEL MECENAZGO CULTURAL EN LA REPÚBLICA DOMINICANA²

En septiembre de 2019, el presidente Danilo Medina promulgó la Ley n.º 340-19, mediante la que se establece el régimen de incentivo y fomento del mecenazgo cultural en la República Dominicana. Entre otros objetivos de la norma se encuentra fomentar las donaciones de bienes y promover el coleccionismo y patrocinio artístico, tanto público como privado. Asimismo, se busca estimular la formación de profesionales en los ámbitos de la creación artística, gestión, desarrollo, innovación y modernización del sector cultural.

Para la consecución de sus fines, la ley introduce una serie de incentivos fiscales y crea varios órganos públicos encargados de velar por la implantación de las medidas legisladas. En primer lugar, se instaura una Dirección General de Mecenazgo (DGM) que tendrá como órgano rector un Consejo Nacional de Mecenazgo (CONME). Ambas instituciones se crean como instrumentos para el desarrollo de las industrias creativas nacionales. Como parte de la Dirección General de Mecenazgo se constituye también un Registro Nacional de Beneficiarios (RENABE) en el que se inscribirán los beneficiarios de donaciones o patrocinios.

El texto traza un protocolo a través del que se faculta a artistas, gestores culturales o entidades culturales públicas o privadas, para que diseñen y presenten

1. Esta subsección ha sido preparada por Teresa GARCÍA-BARRERO.
2. Vid. <http://www.cultura.gob.do/index.php/noticias/item/1237-la-ley-de-mecenazgo-impactara-el-desarrollo-cultural-de-republica-dominicana>. Enlace al texto disponible en <https://www.scribd.com/document/425734990/Ley-340-19>.

al Consejo de Mecenazgo proyectos y propuestas de gestión cultural. Tras ser evaluados, los proyectos podrán ser declarados de interés cultural y, como consecuencia, acceder a las donaciones, patrocinios e incentivos fiscales establecidos en la ley, incluida su exención de tributar por el Impuesto sobre la Renta. Como requisito previo para ser evaluados, los proyectos deberán encajar dentro de una de las diez categorías que enumera la norma: (i) construcción de infraestructuras físicas para instituciones culturales sin fines de lucro; (ii) conservación, restauración y puesta en valor de bienes muebles e inmuebles, calificados y registrados dentro de la categoría de patrimonio cultural de la nación; (iii) arte público; (iv) arte escénico; (v) investigación sociocultural de orden artístico, histórico, antropológico, arqueológico, etnográfico, sociológico, museológico, museográfico, y estudio de economía de la cultura; (vi) planificación, organización y presentación de espectáculos de música clásica y popular; (vii) creación y desarrollo de industrias culturales y creativas; (viii) estímulo al desarrollo y mejora en la calidad de la artesanía dominicana; (ix) fortalecimiento y desarrollo de capacidades de las micro, pequeñas y medianas empresas culturales; y (x) formación y capacitación técnica y profesional para el sector artístico y cultural.

Otra institución que nace con la norma es el Fondo Solidario de Apoyo a la Cultura (FOSAC), alimentado por aportaciones y donaciones voluntarias realizadas por agentes pertenecientes los sectores público y privado. Quienes realicen esas aportaciones se verán beneficiados por una deducción de hasta 2.5% del impuesto sobre los ingresos netos al final de cada año fiscal. Por último, se prevé que la Dirección General de Mecenazgo el Fondo Solidario de Apoyo a la Cultura reciban una aportación de diez millones de pesos dominicanos provenientes del presupuesto anual del Ministerio de Cultura durante los primeros cinco años tras la entrada en vigor de la ley.

Unión Europea¹

SUMARIO: I. INFORME SOBRE LA CONSECUCIÓN DE UN LEGADO EFICAZ PARA EL AÑO EUROPEO DEL PATRIMONIO CULTURAL DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2020. II. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2020, RESPECTO DE LAS IMPLICACIONES EN LA EXPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES DE LA RETIRADA DEL REINO UNIDO. 1. *Exportación de bienes culturales con origen en la Unión Europea.* 2. *Importación de bienes culturales a la Unión Europea.* 3. *Importación y exportación de bienes culturales con origen o destino en Irlanda del Norte.*

I. INFORME SOBRE LA CONSECUCIÓN DE UN LEGADO EFICAZ PARA EL AÑO EUROPEO DEL PATRIMONIO CULTURAL DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2020

El Parlamento Europeo ha publicado este informe en el que incluye una propuesta de resolución auspiciada por la repercusión alcanzada por el Año Europeo del Patrimonio Cultural 2018 y la crisis provocada por la Covid-19. A lo largo de cinco apartados, la propuesta señala importantes valores que conservar, puntos de mejora para la política cultural de la Unión y aspectos a desarrollar en el futuro.

La propuesta comienza por el apartado titulado “*Reconocimiento del valor del patrimonio cultural*”. En su totalidad se dedica a señalar la importancia del patrimonio de la Unión como un recurso inestimable. Se señala su importancia para generar cohesión y para promover la creatividad y la innovación. Se hace especial referencia al papel de las distintas lenguas como vector de la diversidad cultural europea, instando a su protección y desarrollo. Y se

1. Esta subsección ha sido preparada por Rafael FERNÁNDEZ JORDANO y Antonio GARCÍA VÁZQUEZ. La autoría respectiva se expresa al final de cada reseña.

recuerda la necesidad de reforzar la protección del patrimonio cultural de las minorías.

Tras el apartado anterior, el Parlamento aborda la sección “*Educación y capacidades*”, donde relaciona el papel de la formación con la preservación del patrimonio cultural. Señala la importancia de la educación digital, pidiendo que el Plan de Acción de Educación Digital contribuya a la concienciación sobre la importancia del patrimonio cultural. A su vez, se hace especial hincapié en la necesidad de preservar los conocimientos y prácticas necesarias para la conservación del patrimonio, pidiendo que se aumenten las posibilidades formativas en ese sector y las fórmulas para mejorar la transmisión del conocimiento entre profesionales como el programa Erasmus+.

El tercer apartado se titula “*Patrimonio cultural digital*”. El Parlamento entiende que es necesario digitalizar el patrimonio cultural europeo, no solo para su conservación sino también para mejorar su difusión. Por ello señala la necesidad de llevar a cabo una digitalización imparcial, a gran escala, fiable e interoperable, basada en la cooperación entre los Estados miembros. Se defiende en la propuesta la necesidad de actualizar la Recomendación de la Comisión, de 27 de octubre de 2011, sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural, reflejando ahora los avances tecnológicos contemporáneos y los nuevos retos planteados.

En cuarto lugar aborda el Parlamento el apartado “*Potencial económico y sostenibilidad*”. Esta sección de la propuesta centra su atención en la relación entre el patrimonio cultural y el turismo, reconociendo la importancia del legado europeo en la atracción de visitantes, y también señalando los peligros que un turismo descontrolado puede ocasionar en la preservación de nuestra cultura. Por ello se insta a los Estados miembros a establecer mecanismos para impedir la sobreexplotación del patrimonio cultural y se recomienda intensificar el fomento de los destinos menos conocidos y rurales. Además, opina el Parlamento que la protección del patrimonio cultural debería ser una de las condiciones para los países candidatos a la adhesión.

Y, finalmente, llega la propuesta al apartado “*Hacia un enfoque estratégico con respecto al patrimonio cultural*”. El Parlamento reclama aquí una estrategia integral respecto del patrimonio cultural por parte de la Comisión, pidiendo que se trate igual al patrimonio material, inmaterial, natural y digital. En consecuencia, demanda más apoyo para iniciativas como el portal único de la Unión “Know Europe” o el Sello de Patrimonio Europeo, y también insta a que se aumente la financiación de los planes de sostenibilidad climática o de ayuda para los sectores creativos golpeados por la crisis económica causada por la pandemia (A. GARCÍA).

II. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2020, RESPECTO DE LAS IMPLICACIONES EN LA EXPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES DE LA RETIRADA DEL REINO UNIDO

Mediante la presente comunicación (la “**Comunicación**”), la Comisión Europea muestra las implicaciones de la salida del Reino Unido de la Unión Europea en materia de exportación e importación de bienes culturales tras el fin del periodo transitorio –que expiró el 31 de diciembre de 2020– previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (el “**Acuerdo de Retirada**”).

1. EXPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES CON ORIGEN EN LA UNIÓN EUROPEA

En primer lugar, la Comunicación indica la aplicación del Reglamento 116/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales (“**Reglamento 116/2009**”) a la exportación de bienes culturales desde el territorio de la Unión al Reino Unido, dada su naturaleza de tercer Estado, determinando la necesidad de solicitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 de dicho Reglamento, una licencia para la exportación al Reino Unido de aquellos bienes culturales integrados en alguna de las categorías de su Anexo I (*v.gr.*, esculturas no pertenecientes a sus autores con más de 50 años de antigüedad y un valor superior a los 50.000 euros).

Asimismo, la Comunicación señala la invalidez dentro del territorio de la Unión de las licencias de exportación emitidas por el Reino Unido antes de que finalizara el periodo transitorio para entender cumplida la obligación de disponer de la licencia exigida por el artículo 2.1 del Reglamento 116/2009, de tal forma que en caso de que la exportación de bienes culturales desde el territorio de la Unión a un tercer Estado se amparase en una licencia expedida por el Reino Unido, resultaría necesario solicitar a la autoridad competente en el Estado miembro que corresponda una nueva licencia.

2. IMPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES A LA UNIÓN EUROPEA

Por otro lado, la Comunicación indica la aplicación de lo dispuesto en el Reglamento 2019/880, de 17 de abril de 2019, relativo a la introducción y la importación de bienes culturales (“**Reglamento 2019/880**”) a las importaciones a la Unión de bienes procedentes del Reino Unido. De esa forma, esas importaciones estarán sometidas a la prohibición general de entrada en el

territorio de la Unión de bienes culturales creados o descubiertos en un tercer Estado y cuya extracción de ese Estado se realizara en infracción de su Ordenamiento que establece el artículo 3.1 del citado Reglamento, así como a las actividades que al efecto del control de introducción de esos bienes apliquen las autoridades nacionales.

Asimismo, la Comisión recuerda la aplicación a las importaciones desde el Reino Unido de la obligación de obtener una licencia de importación o emitir una declaración por el importador previstas en los artículos 4 y 5 del Reglamento 2019/880, una vez el sistema de almacenamiento de esas licencias y declaraciones se encuentre operativo, tal y como prevé el artículo 16 del Reglamento 2019/880.

Junto con ello, la Comunicación recuerda que el artículo 47.1 del Acuerdo de Retirada establece el tratamiento de cualquier movimiento de bienes entre el Reino Unido y la Unión iniciado antes del fin del periodo transitorio pero que concluya tras su expiración como un movimiento entre Estados miembros, de tal forma que, en esos casos, no se requerirá licencia de importación ni siquiera a efectos aduaneros.

3. IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES CON ORIGEN O DESTINO EN IRLANDA DEL NORTE

Finalmente, la Comunicación refiere el régimen especial aplicable a las importaciones y exportaciones que se produzcan con origen o destino en Irlanda del Norte como consecuencia de las disposiciones del Protocolo sobre Irlanda e Irlanda del Norte incluido en el Acuerdo de Retirada (el “**Protocolo**”).

El Protocolo establece en sus artículos 5 a 10 la aplicación del Derecho de la Unión a un conjunto de áreas –entre ellas, el tráfico de bienes– por un periodo inicial de 4 años desde la finalización del periodo transitorio, susceptible de prórroga sucesiva por periodos de 4 u 8 años conforme a la decisión que al efecto adopte el Parlamento de Irlanda del Norte, conforme al artículo 18.2 del Protocolo.

En concreto, el artículo 5.4 del Protocolo dispone la aplicación en el territorio de Irlanda del Norte de un conjunto de instrumentos normativos del Derecho de la Unión previstos en su anexo 2, entre los que se encuentran el Reglamento 116/2009 y el Reglamento 2019/880, lo que conforme a la Comunicación determina su tratamiento como territorio de la Unión Europea a efectos de importación y exportación.

Así, durante el periodo de aplicación de tal disposición del Protocolo, las exportaciones de bienes culturales desde el territorio de la Unión a Irlanda del

Norte no se someterán al Reglamento 116/2009 –y no requerirán, por tanto, la licencia de exportación prevista en su artículo 2–, mientras que sí lo estarán las exportaciones de bienes culturales desde Irlanda del Norte al Reino Unido u otro tercer Estado.

Junto con ello, la importación al territorio de la Unión de bienes culturales desde Irlanda del Norte no se encontrará sometida al Reglamento 2019/880. Por contra, la importación a Irlanda del Norte desde un tercer Estado o desde el Reino Unido de bienes culturales sí lo estará, siéndole así aplicable tanto la prohibición general del artículo 3.1 del citado Reglamento ya expuesta como, una vez se encuentre operativo el sistema de almacenamiento de licencias y declaraciones previsto en su artículo 16, la necesidad de obtener esas licencias de importación o efectuar las declaraciones de importación oportunas, conforme se exige en sus artículos 4 y 5.

En último lugar, la Comunicación recuerda que, conforme al artículo 7.3 del Protocolo, las licencias que las autoridades del Reino Unido emitan no serán válidas a los efectos de entender cumplido el requisito de obtención de la correspondiente licencia de exportación del artículo 2 del Reglamento 116/2009 respecto de las operaciones de exportación efectuadas en el territorio de Irlanda del Norte –o, cuando resulte exigible, la licencia de importación del artículo 4 del Reglamento 2019/880 respecto de las operaciones de importación allí realizadas–. Todo ello, sin perjuicio de las licencias que el Reino Unido requiera para exportar desde o importar a su territorio un bien cultural a través de Irlanda del Norte² (R. FERNÁNDEZ).

2. Según la información publicada a 7 de febrero de 2021 por las autoridades del Reino Unido (<https://www.gov.uk/guidance/exporting-or-importing-objects-of-cultural-interest>), para la exportación de bienes culturales a un tercer Estado o al territorio de la Unión desde cualquier parte del territorio del Reino Unido –incluyendo así Irlanda del Norte– será necesario obtener una licencia emitida por sus autoridades de conformidad con su Ordenamiento, mientras que la importación de bienes culturales al Reino Unido no requerirá de licencia alguna.

JURISPRUDENCIA

Reseñas judiciales¹

A continuación se reseñan las diez resoluciones judiciales más relevantes recaídas en el ámbito del Derecho del arte y del patrimonio cultural durante el año 2020 (junto con alguna resolución de 2019 que no había sido incluida en el anterior volumen del Anuario). Las reseñas están ordenadas por orden de jerarquía del órgano emisor y, dentro de cada rango jerárquico, por orden cronológico. Se trata de: (i) tres sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (la primera sobre la relevancia del carácter representativo de un edificio como herencia cultural, la segunda sobre los requisitos para acreditar la estafa en la compraventa de una escultura una sentencia y la tercera relacionada con los delitos de expolio y blanqueo de capitales); (ii) una sentencia y un auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (la primera sobre valoración de un terreno expropiado por contener un yacimiento arqueológico declarado bien de interés cultural, y el segundo de admisión a trámite del recurso de casación presentado por los descendientes del pintor Sorolla en relación con la exportación de la obra de éste “Fin de jornada”); (iii) una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que declara nulo el acuerdo por el que se declara de interés nacional el Museo de Lérida Diocesano y Comarcal por no recabar la conformidad del Consorcio del Museo durante su tramitación; (iv) una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que reconoce el derecho al premio del descubridor de un hallazgo de valor histórico-artístico en el interior de su vivienda; (v) un auto de la Audiencia Provincial de Valencia sobre la ocultación de la naturaleza de una obra comprada con caudales públicos; (vi) una sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Barbastro en relación con la obligación del Obispado de Lérida de restituir a las parroquias del Obispado de Barbastro-Monzón 111 bienes religiosos; y (vii) una sentencia del Juzgado de lo Penal

1. Las reseñas han sido preparadas por Nerea SANJUÁN RODRÍGUEZ, Teresa GARCÍA-BARRERO, Rafael FERNÁNDEZ JORDANO, Antonio GARCÍA VÁZQUEZ y Nicolás PULIDO AZPIROZ. La autoría respectiva se expresa al final de cada reseña.

n.º 27 de Madrid referido al delito de contrabando como consecuencia de la exportación ilícita de obras del patrimonio histórico español declaradas inexportables.

El carácter representativo de un edificio como herencia cultural, en tanto que testigo de la tradición vital de una determinada comunidad, es un hecho relevante para su determinación como bien de valor histórico a efectos penales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de diciembre de 2019

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación planteado respecto de la condena al titular de una vivienda construida en el siglo XVIII, conocida como Villa Barbacana y ubicada en Vegadeo, Asturias, respecto de la que el Gobierno Autónomo había incoado expediente para su inclusión en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias, y el arquitecto que había colaborado en el proyecto de remodelación de dicha construcción en el que trabajaban antes de decidir su demolición, por un delito de daños contra el patrimonio histórico del artículo 323 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (“CP”).

Según los autos, los acusados, tras obtener una licencia para realizar la rehabilitación de dicho edificio, informada favorablemente por la Dirección General de Patrimonio Cultural del Gobierno de Asturias, ordenaron la demolición de Villa Barbacana, eliminando todo vestigio de la misma, conducta por la que fueron condenados en primera instancia por un delito de daños contra el patrimonio histórico del art. 323.1 CP a una pena de 12 meses de multa y, en sede de responsabilidad civil, a la reconstrucción de la edificación. Dicha sentencia fue confirmada en apelación.

Los recurrentes combaten la calificación de Villa Barbacana como bien con valor histórico, amparándose en la Sentencia 932/2016 del Tribunal Supremo, en la que según los recurrentes el Alto Tribunal refería que, al ser el delito de daños contra el patrimonio histórico una norma penal en blanco, se debería tomar como referencia para su interpretación el artículo 9.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, buscando así limitar la aplicación de dicho tipo a los bienes expresamente declarados como de interés histórico, artístico, científico o técnico.

Frente a ello, el Alto Tribunal recuerda que la afirmación referida de dicha sentencia (i) se emitía en el marco de un análisis conjunto de los tipos del artículo 321 y 323 CP; y (ii) fuera de la sede de subsunción jurídica, al efecto de reseñar que no se había acreditado el valor histórico, artístico, cultural o monumental de ciertos bienes, pero no para determinar la atipicidad de la conducta sancionada en tanto esta se dirija a bienes no declarados de interés cultural, pues tanto a ellos como a aquellos que no se encuentran inventariados alcanza

el tipo del art. 323 CP, frente al tipo del art. 321 CP, que establece como elemento objetivo del tipo la protección singular de edificios, que se alcanza con su declaración como tales.

Resuelta la aparente contradicción entre la sentencia recurrida y su doctrina, el Tribunal Supremo recuerda que para determinar la relevancia de un bien a los efectos de tipicidad aquí expuestos, estos han de evaluarse a través de criterios objetivos y asentados en la colectividad. A tal efecto, ponderando la singularidad arquitectónica de Villa Barbacana, como edificación tradicional de esa zona y calificable de herencia intergeneracional, al ser reflejo de una forma de vida cuyo conocimiento resulta de valor cultural y debe ser conservado, la Sala concluye el valor cultural de Villa Barbacana y desestima el recurso (R. FERNÁNDEZ).

Compraventa de la escultura “Dios solar emergiendo del mar de Okinawa”: el Tribunal Supremo confirma la inexistencia de engaño suficiente para acreditar la existencia de estafa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 20 de febrero de 2020

El 28 de junio de 2018 la Audiencia Provincial de Barcelona acordó la absolución de los dos acusados a los que se abrió juicio oral por la compraventa de la escultura de Salvador Dalí “Dios solar emergiendo del mar de Okinawa” seriada con la letra “E” –el intermediario en la compraventa y el experto en la obra de Dalí que participó en la operación– respecto de los cargos de estafa, basada en la falta de identidad entre la obra en cuya venta intermediaron y la expuesta en la Exposición Internacional celebrada en Okinawa en 1975, objeto de la compraventa, y falsedad en documento privado dada la falsedad del certificado de autenticidad autenticado por el segundo acusado–.

Frente a dicha resolución los adquirentes interpusieron recurso de casación solicitando su revocación y la condena de los acusados, esencialmente porque a su juicio existía un error en la valoración de la prueba, al constar en los autos documentación acreditativa de la falta de identidad entre la escultura objeto de venta y aquella objeto de la compraventa, lo que conduciría a la indebida inaplicación del tipo de estafa.

En apoyo de dicha tesis, los recurrentes señalan la constancia en autos de un concreto documento de donde se deduciría que la escultura entregada en dicha operación de compraventa fue fundida en Suiza, mientras que, tal y como se deducía de los autos, la fundición de la escultura expuesta en Okinawa en 1975 se produjo en Barcelona sobre la base de una escultura creada en cera por Salvador Dalí.

Al respecto, el Alto Tribunal comienza recordando que para la prosperabilidad de la alegación como motivo de casación del error en la valoración

de la prueba es necesario en cualquier caso que el dato que se acredita contradictorio no se oponga a los restantes elementos de prueba valorados. En este caso, existiendo en los autos otros tantos documentos que acreditarían la correspondencia entre la escultura transmitida y la expuesta en Okinawa en 1975, rechaza el motivo afirmando que no se puede pretender una valoración de dicho medio de prueba independiente del resto de acervo probatorio.

De otro lado, significa que, en cualquier caso, una modificación que supusiera rectificar en vía de recurso una sentencia absolutoria requeriría la audiencia personal de los acusados, diligencia ésta que reseña específicamente el Alto Tribunal que no es practicable en casación, razón que coadyuva a rechazar la modificación de los hechos probados que ese motivo entraña y su desestimación.

En atención a ello, el Tribunal desestima de igual forma los motivos siguientes, dado su soporte en la modificación de la valoración probatoria y los hechos probados ya expuesta, deviniendo así firme la sentencia de la Audiencia Provincial (R. FERNÁNDEZ).

El Tribunal Supremo declara que cuando se expropia un terreno donde se ubica un yacimiento arqueológico declarado bien de interés cultural, procede la valoración separada del suelo o terreno de ubicación a través de las normas ordinarias del procedimiento de expropiación de que se trate, sin perjuicio de que pueda reclamarse de la Administración titular del yacimiento el premio que corresponde al propietario y al descubridor del hallazgo, el cual es de naturaleza no expropiatoria

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de mayo de 2020

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (“TSJCM”) había dictado sentencia n.º 599/18, de fecha 28 de diciembre de 2018, en el procedimiento ordinario núm. 251/2016, por la que estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el excelentísimo Ayuntamiento de Villar de Domingo García (el “Ayuntamiento”) frente al acuerdo de fecha 15 de enero de 2016 (el “Acuerdo”) emitido en la fase de determinación del justiprecio por la Comisión de Valoración constituida de conformidad con lo previsto en el art. 78 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 Expropiación Forzosa (“LEF”), en el procedimiento de expropiación forzosa de la parcela de ubicación del yacimiento arqueológico Villa Romana de Noheda (el “Yacimiento”) (parcela NUM000 del polígono NUM001 del catastro de rústica de Noheda –anejo de Sacedoncillo-Villar de Domingo García–) (la “Parcela”) que, en consecuencia, quedaba anulado.

En su sentencia, y en lo que atañe a la materia objeto del recurso de casación, el TSJCM afirmaba, en primer lugar, que el Acuerdo no puede ser conforme a

Derecho ya que, en el marco del procedimiento de expropiación de la Parcela, en lugar de valorar el suelo en el que se ubica el Yacimiento, se ha valorado erróneamente este último, es decir, el hallazgo arqueológico. Por otra parte, el Ayuntamiento, como entidad expropiante, no puede integrar en su dominio público los restos arqueológicos, que tienen la condición de hallazgo y, en consecuencia, tampoco le corresponde abonar el “premio” correspondiente al propietario del lugar donde se produce el hallazgo y en su caso, al descubridor del mismo, de conformidad con el art. 44 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (“LPHE”). Tampoco se aceptó la argumentación de la propiedad de la Parcela de que ambos elementos deben valorarse conjuntamente, por encontrarse indisolublemente unidos, sino que, en todo caso, la valoración de la Parcela deberá hacerse, teniendo en cuenta la condición del suelo en estado rural, tal y como lo catalogaba el informe emitido, a instancias del Ayuntamiento, por un ingeniero técnico agrícola, sin perjuicio de que, de acuerdo con el Real Decreto 1492/2011, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo (“RD 1492/2011”), se tome en consideración que se trata de terrenos que, por sus valores arqueológicos, deban ser objeto de protección (art. 17).

D. Celso, el propietario de la Parcela, presentó recurso de casación contra dicha sentencia del TSJCM, en el marco del cual argumenta que esa decisión: (a) infringe los arts. 76 y 78 de la LEF y los arts. 92 y 96 del Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (“REF”), que establecen expresamente que cuando se expropia un bien con valor histórico, arqueológico o cultural, la valoración debe hacerse por una Comisión de Valoración, la cual no valora el suelo en su condición de rural, sino cultural o de análoga naturaleza; (b) vulnera los arts. 14, 15.5 y 18 LPHE, al considerarse que puede hacerse la valoración del suelo como rural de manera aislada a la valoración del Yacimiento por ser éste de dominio público, ya que el Yacimiento es inseparable del suelo con el que forma un conjunto arquitectónico indivisible, en los términos del art. 15.5 de la LPHE, que por ende también resulta violado, y de la misma manera se viola el art. 18 de la LPHE porque separando el Yacimiento del suelo, se le excluye de su entorno; y (c) vulnera el art. 9.1 LPHE, pues la indivisibilidad sirve a la protección del bien cultural.

A su vez, en su escrito de oposición y con respecto a las cuestiones de fondo, la parte recurrida afirma, entre otros, que la parte recurrente incurre en un contrasentido porque al defender que no puede separarse la Parcela del Yacimiento propiamente dicho, por constituir un todo indivisible integrado en el dominio público autonómico, no podría expropiarse ese bien de dominio público por ser ya titularidad de la Administración autonómica y, en consecuencia, el recurrente no podría ser sujeto expropiado ni tendría derecho a percibir indemnización alguna. Por otra parte, se indica que la parte recurrente ha situado el debate casacional en un terreno abstracto ajeno a lo

resuelto en la sentencia recurrida, porque los preceptos de derecho estatal que se citan (arts. 9, 14 y 15.5 LPHE) no hacen referencia a la indivisibilidad entre el bien cultural y su parcela de ubicación, salvo el art. 18 LPHE, que lo hace pensando en impedir desplazamientos o cambios de ubicación, estableciendo a su vez una excepción a ese régimen general por razón de interés social, que es precisamente el que en este caso ha justificado la expropiación. Por último, los arts. 76 y 78 LEF y 92 y 96 REF tampoco predicen ningún tipo de indivisibilidad entre el bien cultural y su Parcela, sino que prevén un procedimiento especial de valoración.

En su decisión, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por la parte recurrente por los siguientes motivos de fondo. En primer lugar, el Alto Tribunal considera que la indivisibilidad del Yacimiento y de la Parcela que defiende la parte recurrente no elimina que sean dos clases de bienes inmuebles diferentes, que pertenecen a distintos dueños. Tampoco la declaración de BIC del Yacimiento afecta a la titularidad dominical de los bienes sobre los que recae, aunque formen un conjunto indivisible. Por el contrario, esa indivisibilidad está muy presente en la regulación sectorial de esta materia y, así, con la finalidad de proteger el patrimonio cultural, aunque la regla general para resolver situaciones de indivisibilidad es la regla *superficie solo cedit* (arts. 350, 351 Código Civil) y la regulación del derecho de accesión entre inmuebles (arts. 358 y siguientes Código Civil), en lo que se refiere al patrimonio arqueológico y con la finalidad de protegerlo, la LPHE prevé que tales principios ceden (arts. 41.3 y 44.1 LPHE), al conferir al hallazgo arqueológico la condición de dominio público, separando así ambas titularidades dominicales. De este modo, la ley impone la titularidad pública del Yacimiento y construye sobre ella un régimen de protección que incluye, desde la ampliación del concepto mismo de bien inmueble (art. 14.1 LPHE) y su inseparabilidad del entorno (art. 18), hasta la potestad expropiatoria que puede recaer sobre los bienes de propiedad privada objeto de la declaración, incluido el terreno privado en el que pueda estar ubicado el bien susceptible de protección (art. 37.3 LPHE).

En segundo lugar, el TS afirma que la atribución de la condición de bien de dominio público al Yacimiento (art. 44.1 LPHE) implica que la propiedad del suelo cesa, lo que no conlleva una privación singular indemnizable. Por ello, cuando el art. 44.3 LPHE atribuye al descubridor y al propietario del lugar en el que se hubiera encontrado el hallazgo arqueológico el derecho a percibir “la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya”, se indica de forma expresa que se trata de un “premio”, no una indemnización expropiatoria. De este modo, la referencia en el art. 80 LEF a que “la determinación del justo precio” del premio se realizará “conforme a lo dispuesto en los anteriores artículos”, que son los relativos a la expropiación forzosa de bienes de valor artístico, histórico o arqueológico, simplemente se está remitiendo a un régimen jurídico

determinado, para que el justo precio del premio sea fijado por la comisión de expertos prevista en el mismo, pero no convierte el premio en indemnización.

Por todo lo anterior, el procedimiento expropiatorio sólo podría tener por objeto la Parcela puesto que, tal y como determinaba el Decreto 39/2013, de 20 de octubre de 2013, se reconoce el interés social el Yacimiento, el cual a su vez justifica precisamente la expropiación de la Parcela. Así pues, la valoración separada de la Parcela es perfectamente posible, sin perjuicio de que uno de los factores que deben tenerse en cuenta en la valoración del terreno sea el de su valor arqueológico. Y, en este contexto, la valoración corresponde al jurado de expropiación a través de las normas ordinarias del procedimiento expropiatorio, sin que sea necesaria la intervención de la comisión de expertos prevista en el art. 78 LEF.

En definitiva, la interpretación que fija esta sentencia es que cuando se expropia por un Ayuntamiento un terreno donde se ubica un yacimiento arqueológico declarado BIC por la Administración autonómica, procede la valoración separada del suelo o terreno de ubicación, a través de las normas ordinarias del procedimiento de expropiación de que se trate, por el propio jurado de expropiación, sin perjuicio de que pueda reclamarse de la Administración titular del yacimiento el premio que corresponde al propietario y al descubridor del hallazgo (art. 44 LPHE), el cual será de naturaleza no expropiatoria, y cuya valoración habrá de realizarse por la comisión de expertos prevista en los arts. 78 y 80 LEF (N. SANJUAN).

El Tribunal Supremo admite a trámite el recurso de casación presentado por los descendientes del pintor Joaquín Sorolla sobre la prohibición de exportación de la obra del artista ‘Fin de jornada’ por parte del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, al considerar que existe interés casacional en determinar la naturaleza y valor probatorio de los informes elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración, así como el carácter reglado o discrecional de las decisiones de la Administración en materia de concesión o denegación de permisos de exportación de obras del patrimonio histórico artístico

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 2020

En virtud de Resolución de 13 de septiembre de 2017 del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (Secretaría de Estado de Cultura) se desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 26 de octubre de 2016 de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas, por la que se denegaba el permiso de exportación temporal con posibilidad de venta del cuadro denominado “Fin de jornada” (la “Obra”) de D. Joaquín Sorolla y Bastida (el “Autor”). Los herederos del Autor interpusieron

recurso contencioso-administrativo contra la citada resolución, dictándose sentencia desestimatoria el 12 de junio de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el “TSJM”).

En su sentencia, y en lo que se refiere a las cuestiones de fondo, el TSJM rechaza el argumento de la recurrente relativo a la falta de valor histórico-artístico excepcional de la Obra, que basa en informes de los Museos del Prado y Sorolla y en la presencia de la obra de Sorolla en las colecciones españolas, así como en dos dictámenes periciales. Por el contrario, el TSJM acoge el argumento de la parte demandada en el sentido de justificar los valores de la Obra que incluso motivaron la incoación por la Comunidad Autónoma de Madrid (“CAM”) de un expediente de declaración de bien de interés cultural (“BIC”), que se encuentra pendiente de resolución. En este contexto, a las dos periciales privadas aportadas por la recurrente contraponen un informe pericial también emitido por una cualificada experta y aportado por la Administración demandada, afirmando que las periciales de carácter privado no tienen virtualidad decisoria mientras que de la de expertos oficiales aportada por la actora se presupone mayor objetividad.

Seguidamente, en cuanto al cambio radical de criterio de la Administración alegado por la parte recurrente, que determinaría la arbitrariedad del acto impugnado, el cual considera que no ha sido debidamente motivado, el TSJM señala que no aprecia ese cambio “radical” en la actuación administrativa recurrida, que está avalada por hasta cinco informes técnicos oficiales, así como por la CAM en sede de protección de bienes y por la pericial oficial aportada. En este contexto, el Tribunal no considera relevante el que se hubiera otorgado una autorización de exportación temporal previa de la Obra, en 2007, ni tampoco la pericial aportada por la recurrente.

Por último, en cuanto a la consideración de la excepcionalidad de la denegación del permiso de exportación como una medida intervencionista y restrictiva, tal y como reclama la recurrente, el Tribunal indica que esa excepcionalidad se debe respetar, puesto que sólo dos obras han resultado denegadas en cuanto a su exportación con posibilidad de venta en el periodo, sin que deba considerarse que tal exportación deba siempre ser permitida. Asimismo, el TSJM concluye que no se aprecia infracción del principio de igualdad por el correcto uso de la facultad legal de denegar la exportación. También se afirma que la sentencia recurrida no vulnera el principio de confianza legítima, la cual se aducía por el tiempo transcurrido y las circunstancias de autos.

Los herederos del Autor presentan recurso de casación ante el TS contra la sentencia del TSJM, en el marco del cual se alega (i) la vulneración de los arts. 335.1, 336 y 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (la “LEC”) sobre la prueba pericial de parte y su valoración; (ii) la infracción

de la jurisprudencia que reconoce el pleno valor probatorio de la prueba pericial de parte e infracción por indebida aplicación de la jurisprudencia sobre preeminencia de informes de funcionarios públicos; (iii) la infracción de la jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica de la Administración, sobre el carácter reglado de la denegación de permisos de exportación de bienes del patrimonio histórico y sobre los conceptos jurídicos indeterminados como límite de la discrecionalidad; (iv) la infracción del art. 60.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (la "LJCA") sobre la facultad del Abogado del Estado de delegar en un funcionario público la facultad de intervenir en la práctica de pruebas; y (v) la infracción del art. 267 TFUE sobre cuestiones prejudiciales.

Y se solicita al TS que se pronuncie con respecto a (i) si la doctrina adoptada por el TSJM, de acuerdo con la cual se valoran en mayor medida los informes técnicos emitidos por funcionario público por el mero hecho de presumirse en ellos una mayor objetividad, es conforme a Derecho; (ii) si la decisión de la Administración en materia de concesión o denegación de permisos de exportación de obras del patrimonio histórico artístico es reglada o bien existe una cierta discrepancia técnica no evitable y, en todo caso, cuáles son los elementos reglados específicos de esta clase de decisiones, teniendo en cuenta que la actual jurisprudencia del TS sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica exige que se determinen con carácter previo a la toma de decisiones los criterios de valoración cualitativos, el material científico o técnico y las fuentes de información que se van a utilizar para emitir el juicio técnico; y (iii) si el privilegio procesal que el art. 60.5 LJCA concede al defensor de la Administración debe ejercitarse con una serie de garantías mínimas para preservar los principios de igualdad, contradicción y defensa, tales como anunciar previamente que se pretende utilizar, la necesidad de que sea autorizado previamente por el Juzgado o Tribunal y posibilitar a la parte contraria la utilización de esta facultad procesal, o si puede ejercerse libremente.

En su Auto, el TS admite a trámite el recurso de casación, al considerar que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en las siguientes cuestiones planteadas por la parte recurrente: (1) la naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo más los aportados en sede judicial como pericial, elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración, y, en particular, si deben ser tenidos como informes de parte o, si por el hecho de proceder de funcionarios se les presume un plus de fuerza probatoria; y (2) la determinación del carácter reglado o discrecional de las decisiones de la Administración en materia de concesión o denegación de permisos de exportación de obras del patrimonio histórico artístico y, en su caso, los elementos que deben tomarse en consideración (N. SANJUAN).

El expolio de la necrópolis de Aratikos: el Tribunal Supremo revoca la condena por blanqueo de capitales, al apreciar la falta de conducta alguna tendente a ocultar el origen delictivo de los materiales expoliados, advirtiendo que la conducta típica del delito de contrabando es idónea para integrar el delito de blanqueo de capitales

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de junio de 2020

El Tribunal Supremo resuelve los recursos interpuestos frente a los sujetos a los que la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza había condenado mediante su Sentencia 199/2018, de 16 de julio, por el expolio de la necrópolis soterrada de una antigua ciudad celtíbera por un vecino de un municipio cercano al yacimiento.

La Audiencia Provincial de Zaragoza condenó a la persona que durante 30 años había realizado extracciones de tierra en la zona bajo la que se situaba la necrópolis por sendos delitos continuados de daños al patrimonio histórico del artículo 323 la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (“CP”), en concurso ideal-medial con un delito de hurto agravado del art. 235.1.º CP, así como de auto-blanqueo de capitales, por la transmisión de bienes con origen delictivo. De igual forma, condenó al segundo acusado, adquirente habitual de los artículos expoliados, y reparador en favor del primer acusado de algunas piezas, por un delito continuado de blanqueo de capitales del artículo 301 CP. Por otro lado, absolvió por prescripción a ambos de un delito de contrabando por la exportación ilegal a principios de los años 90 de unos cascos extraídos de la necrópolis.

Frente a dicha resolución, los condenados interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo desestima en lo esencial el recurso de casación del primer acusado, dirigido a combatir su condena por el delito de daños al patrimonio histórico por la falta de acreditación de que dicho delito se desarrollara hasta el año 2013, sino únicamente hasta el año 1996, último año del que se habría producido prueba de expoliación en relación con la exportación ilícita ya narrada, por lo que a su entender habría prescrito; lo que el Tribunal descarta dada la pluralidad de indicios que acreditaban la continuación de la actividad delictiva hasta el año 2013.

Por el contrario, sí es estimado el recurso de casación del segundo condenado, el cual combatía su condena por blanqueo de capitales, entendiendo que su conducta sería calificable sólo de receptación, tipo con menor pena. Al respecto, el Tribunal Supremo realiza una labor de separación entre ambos tipos penales, recordando que, si bien se ha producido una reciente tendencia expansiva hacia la tipificación de conductas bajo el delito de blanqueo de capitales, lo cierto es que la conducta típica en el delito de blanqueo necesariamente ha de tener como fin ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes procedentes de una actividad delictiva.

Así, concluye el Alto Tribunal que la conducta de este condenado –adquirir ciertos bienes con conocimiento de su origen delictivo y reparar otros a cambio de un precio– no tendía a encubrir o simular el origen ilícito de los artículos, lo que determina su atipicidad en relación con el delito de blanqueo. En cambio, desarrollándose su actuación (i) con ánimo de lucro; (ii) con conocimiento de que los bienes sobre los que desarrolla su actividad provienen de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico previo en el que no ha participado; y (iii) con la intención de ayudar al responsable a aprovecharse de los efectos de ese delito o adquirir los efectos del delito, califica su conducta de receptación, con la consiguiente reducción de la pena.

Junto con ello, siguiendo el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Tribunal Supremo extiende el efecto de dicho recurso al otro condenado, absolviéndolo del delito de auto-blanqueo, en tanto su conducta carecía de la nota de tendencia a la ocultación del origen ilícito de los bienes, y tampoco era punible bajo el tipo de receptación, pues este exige la ausencia de participación en la actividad delictiva previa del sujeto receptor.

Así las cosas, el Tribunal Supremo revoca parcialmente la anterior sentencia, condenando al colaborador en el expolio por delito de receptación y absolviendo al principal acusado del delito de blanqueo imputado, sin perjuicio de lo cual el Tribunal advierte, *obiter dicta*, la potencialidad de considerarse como conducta integradora de los elementos del tipo de blanqueo el acto de contrabando del material de la necrópolis, que no es objeto de condena, dada su prescripción (R. FERNÁNDEZ).

Se declara nulo el acuerdo de la Generalitat por el que se declara de interés nacional el Museo de Lérida Diocesano y Comarcal, por no recabar la conformidad del Consorcio del Museo durante la tramitación del expediente

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de octubre de 2019

Los obispos de Huesca y Barbastro-Monzón interpusieron recurso contencioso-administrativo frente al acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya GOV/165/2016, de 27 de diciembre, por el que se declara museo de interés nacional el Museo de Lérida Diocesano y Comarcal. Ambos obispos tenían en común ser los titulares de parte de los bienes incluidos en una de las tres colecciones principales del *Museu* y, sin embargo, ni a uno ni a otro se les dio trámite de audiencia en el procedimiento de declaración como museo de interés nacional, ni tampoco al Consorcio del Museo (el *Consorci*), ente dueño del mismo.

La Ley del Parlamento de Cataluña 17/1990, de 2 de noviembre, de Museos, establece en su artículo 26 que, en todo caso, el titular del museo deberá manifestar su conformidad con la declaración de interés nacional del mismo;

precepto que deja poco margen de interpretación para el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJ), que considera que no se ha cumplido con ese trámite. El régimen de titularidad del museo no tiene por qué ser el mismo que el de los bienes o colecciones que éste albergue –pues pueden recaer sobre sujetos distintos–, y de ello da cuenta también la Ley al preservar en su artículo 4 la titularidad de los bienes culturales que formen parte del museo. En el mismo sentido se regulan los Estatutos del Consorcio, cuya disposición adicional primera establece que la adscripción de bienes al museo no supone tampoco la alteración de su propiedad. Esa diferenciación entre museo y obras, entre continente y contenido, es la que justifica igualmente las demás previsiones de la Ley relacionadas con la materia, como es el artículo 27, traído a colación en la sentencia y que recoge, en su apartado 1, cuáles son las ayudas que la Generalitat otorgará al titular del museo para las diversas funciones que allí se enuncian –como son, entre otras, su restauración y la difusión de su patrimonio–, y, en su apartado 2, que las actividades del museo han de estar sujetas a los criterios de coordinación establecidos por la Junta de Museos (entidad de larga tradición en la regulación museística de Cataluña y que tiene como objetivo la coordinación superior entre los diversos museos catalanes y la fijación de las prioridades necesarias para su gestión).

El TSJ no descarta que los titulares dominicales de los bienes albergados en el Museo ostenten la condición de interesados en el procedimiento que se sustancie para declarar un museo de interés nacional, pero su conformidad con la declaración no es requisito para su validez.

Sí es requisito para su validez, como ya se ha apuntado –y por tanto tuvo éxito el recurso–, la manifestación de conformidad del *Consorci* con la declaración de museo de interés nacional en tanto que su dueño. Si bien la falta de esa manifestación por terceros ni siquiera es óbice para la validez de la declaración, dicha falta con respecto del dueño del museo supone la omisión de un trámite esencial del procedimiento y, a juicio del TSJ, un vicio causante de nulidad por el que procedió declarar nulo el acuerdo (N. PULIDO).

Se reconoce el derecho al premio por hallazgo casual de una portada renacentista. Un inmueble que no existe a día de hoy no puede considerarse integrado en el Patrimonio Histórico Andaluz

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de junio de 2020

La sentencia se pronuncia acerca del derecho al premio a favor de un descubridor que halló de forma casual una portada renacentista en el interior de una vivienda de su propiedad. El descubrimiento se trata en concreto de la fachada sureste de la antigua iglesia del Santísimo Sacramento del Hospital de San Jorge.

Según la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (art. 50.5), los hallazgos casuales dan derecho a percibir de la consejería competente en materia de cultura, en concepto de premio en metálico, la mitad del valor que en tasación legal se atribuya a los objetos hallados. En virtud de dicho precepto, tras el hallazgo, el descubridor solicitó que se reconociese su derecho a premio. Sin embargo, la solicitud fue desestimada por Orden del Consejero de Cultura y frente a dicha desestimación se interpuso el recurso contencioso-administrativo objeto de la sentencia.

La cuestión determinante de la sentencia gira en torno a si el descubrimiento efectuado se encuentra o no integrado en el Patrimonio Histórico Andalúz. El artículo 83.3 del decreto 19/1995, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía, establece que los descubrimientos de elementos que constituyan partes integrantes de la estructura arquitectónica de inmuebles integrados en el Patrimonio Histórico Andalúz quedan excluidos de la obligación de depósito y el derecho al premio en metálico. En esta ocasión el Tribunal observó que, si bien la portada renacentista descubierta pudo constituir una parte integrante de la capilla funeraria del Hospital del Santísimo Sacramento en el pasado, esa capilla funeraria no existe a día de hoy. Como el inmueble referido no existe en la actualidad, no es susceptible de formar parte del Patrimonio Histórico Andalúz, y por tanto la referida portada queda fuera del ámbito de exclusión del derecho al premio de la norma.

Por lo expuesto, el TSJA estima el recurso de casación, reconoce el derecho al premio del recurrente y acuerda que se inicie por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía el procedimiento para la obtención del premio en metálico por el hallazgo casual (T. GARCÍA-BARRERO).

Ocultar la naturaleza de reproducción de una obra escultórica con motivo de su adquisición mediante caudales públicos puede constituir un engaño tal que convierta la transacción en delictiva

Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2.ª, Penal) de 30 de enero de 2020

Las defensas de D.^a Flor y D. Jesús Carlos interpusieron recurso de apelación contra el auto de incoación de procedimiento abreviado tramitado contra ellos por los delitos de malversación, prevaricación y falsedad.

Se investigó en las diligencias previas la adquisición que el Instituto Valenciano de Arte Moderno (IVAM) realizó de 98 obras escultóricas del padre de D. Jesús Carlos. De las 98 obras adquiridas a precio de *original*, 58 resultaron ser reproducciones póstumas, razón por la cual en las diligencias previas se

aprecian indicios de un sobreprecio que habría sido fruto de un concierto de voluntades entre los investigados para enriquecerse a través del engaño.

La Audiencia Provincial no entra, obviamente, en una valoración probatoria exhaustiva ni en un juicio de fondo, sino que se limita a apreciar si existen indicios de criminalidad que avalen la apertura del juicio oral. Aunque para ello, sí que analiza la Audiencia el carácter o no de original de las piezas adquiridas por el IVAM.

A ese respecto, el Auto observa que en los expedientes de adquisición de las obras no constaba que se tratase de reproducciones y copias póstumas, sino que por su descripción se daba la apariencia de que eran obras originales del autor. Aunque no termina de esclarecer si, o en qué casos, una pieza escultórica realizada de forma póstuma puede considerarse *original*, la Audiencia señala que la finalidad de un expediente administrativo de adquisición es que puedan comprobarse en él todos los datos pertinentes para efectuar los oportunos controles. En ese sentido, no haber mencionado expresamente que esas 58 piezas eran reproducciones o copias póstumas supone ocultar las verdaderas características de las obras adquiridas mediante caudales públicos. Y esa ocultación tiene para la Audiencia suficiente relevancia penal como para que se deba proceder contra los recurrentes, dándose paso a la fase de juicio oral, por lo cual desestima el recurso (A. GARCÍA).

La extracción de obras del patrimonio histórico español del territorio de España una vez que se hayan declarado inexportables constituye un delito de contrabando de bienes culturales

Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 27 de Madrid, de 14 de enero de 2020.

La Sentencia declara al acusado culpable de un delito de contrabando de bienes culturales recogido en los artículos 2.2a) y 3.1 de la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/95, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

El acusado solicitó a través de la casa de subastas Christie's el 5 de diciembre de 2012 una licencia de exportación para poder llevar el cuadro "Cabeza de mujer joven" de Pablo Picasso a Londres y subastarlo allí el día 6 de febrero de 2013. En la solicitud se señalaba que el cuadro se encontraba en Madrid y que esa sería su aduana de salida. Sin embargo, la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico denegó por unanimidad la petición, y el Ministerio de Cultura emitió una Orden Ministerial declarando la inexportabilidad del cuadro como medida cautelar.

El 30 de julio de 2015 el buque privado del acusado atracó en el puerto de Calvi, Córcega, donde la guardia aduanera encontró en su registro el cuadro,

el cual intervinieron al tener conocimiento de la falta de autorización administrativa para que la obra abandonase el territorio español.

En su Sentencia, la Jueza estudia con detenimiento el tipo penal aplicado. Entiende que para la comisión del delito de contrabando de bienes culturales deben concurrir dos circunstancias: en primer lugar, que se exporte un bien del patrimonio histórico español, y en segundo lugar que no exista autorización administrativa para llevar a cabo tal operación.

Para determinar si “Cabeza de mujer joven” es un bien del patrimonio histórico español, la sentencia tiene en cuenta la definición de los bienes que lo integran dada por el artículo 1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, valora la opinión de expertos respecto de la importancia del cuadro y afirma que no es necesario que la obra haya sido inventariada o catalogada como bien de interés cultural para que integre el patrimonio histórico. Entiende la sentencia que si existe ese interés artístico y hay “cualquier vínculo o proximidad a la españolidad” la obra integrará nuestro patrimonio histórico.

Respecto de la inexistencia de autorización, se explica en la Sentencia que las notificaciones de la Orden Ministerial probaban la constancia que tenía el propietario de la obra de la prohibición de exportarla. Por su parte, los intentos de Christie’s de desistir de su solicitud y la pretensión de que la misma había consignado por error que la pieza se encontrase en España, fueron contrarrestados por las declaraciones de la directora de la casa de subastas para España en las que aseguraba haber visto el cuadro en Madrid en 2012.

Igual suerte tuvieron las alegaciones de la defensa respecto de que el bien se encontraba en un régimen aduanero en tránsito cuando fue hallado en Córcega. A efectos de la comisión del delito, según la Sentencia –que no es firme– basta con que el cuadro abandone el territorio español para que el crimen se consume (A. GARCÍA).

Se confirma en la vía jurisdiccional civil la obligación del Obispado de Lérida de restituir a las parroquias del Obispado de Barbastro-Monzón 111 bienes religiosos conservados y depositados en el Museo Diocesano y Comarcal de Lérida desde el año 1893

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Barbastro, de 10 de diciembre de 2019

Fruto de las vicisitudes por las que hubieron de pasar las parroquias del Alto Aragón a finales del siglo XIX y principios del XX, integradas en aquella época en el Obispado de Lérida, gran parte de los bienes de culto o de arte sacro que conservaban acabaron por ser depositados en el Museo Arqueológico del Seminario Diocesano de Lérida (en la actualidad, el Museo de Lérida Diocesano y Comarcal) bajo el deber de custodia directa del Obispado. Cien

años después de que los bienes fueran trasladados de diócesis, el 15 de junio de 1995 se acordó la segregación de cinco arciprestazgos de la Diócesis de Lérida y su atribución a la de Barbastro en la Congregación de Obispos celebrada aquel año, que pasaría a ser la Diócesis de Barbastro-Monzón, y, mediante Decreto de 29 de junio de 1998 del Nuncio Apostólico, se declaró que volviesen a sus parroquias de origen aquellos bienes que permanecían depositados en territorio ilderdense. El Decreto estableció que las piezas sacras pertenecían a las parroquias localizadas ahora en territorio aragonés, debiendo la Diócesis de Lérida probar, caso por caso, la titularidad de aquellas obras que considerase de su propiedad.

En el camino iniciado para la restitución de las piezas se dictaron sendos Decretos de la Congregación de Obispos (8 de septiembre de 2005) y del Colegio del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica (28 de abril de 2007) confirmando el dictado en 1998, tras los cuales los Obispos de Lérida y Barbastro-Monzón firmaron un acuerdo el 30 de junio de 2008, por el que la Diócesis de Lérida reconocía a la aragonesa como la propietaria de los bienes todavía depositados en el Museo Diocesano.

Agotadas las vías en el orden canónico, fue necesario, sin embargo, acudir al orden civil para continuar con la restitución de los 111 bienes que el Obispado de Lérida y el Consorcio del Museo Diocesano conservaban en su poder. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Barbastro (JPI) conoció de la acción interpuesta por el Obispado de Barbastro-Monzón y la estimó íntegramente.

El marco de la *litis* venía predeterminado por las resoluciones que habían sido adoptadas en el orden canónico. Para determinar el éxito de las pretensiones ejercitadas por la Diócesis accionante, el JPI señala que es necesario acreditar el dominio sobre los bienes religiosos, para lo cual considera que los distintos documentos aportados por el Obispado de Lérida para justificar su titularidad –como son cartas o diversas anotaciones manuscritas extraoficiales– no permiten apreciar una traslación de dominio en favor del Obispado de Lérida, sino, más bien, asentar los deberes que como depositario asumió en una época caracterizada por la escasez de medios materiales de un gran número de parroquias españolas para conservar su patrimonio religioso. La fuerza probatoria de tales documentos se veía debilitada si se atendía a los requisitos que la legislación canónica, en sus distintas normas aplicables a lo largo del tiempo, exigía para considerar válida la enajenación de bienes eclesiásticos considerados preciosos. Requisitos que se condensaban en la necesidad de contar con: autorización de la Santa Sede; tasación de perito, y licencia del Ministerio de Justicia. Asimismo, el JPI da una serie de pautas para entender cuándo el bien ha de considerarse *res pretiosa*, sin perjuicio de lo establecido en las normas canónicas, para lo cual establece que debe atenderse a: el valor en abstracto

del bien; su valor objetivo cultural, histórico o artístico, y la posibilidad de que pueda ser restaurado o que ostente un importante valor en su estado actual.

El contexto socio-histórico en que los bienes fueron transmitidos también es otro factor aplicado por el JPI. El alto riesgo de pérdida o de expolio en las parroquias en la época, así como la falta de medios materiales de éstas para protegerse de tales amenazas, aconsejaron la encomienda de su conservación al Obispado de Lérida, que recibió las obras sacras en depósito y fueron trasladadas al Museo Diocesano y Comarcal de Lérida, fundado en el año 1893 con la intención de que sirviera de centro de estudio para los seminaristas de los objetos artísticos de la Iglesia.

Abordando otro de los argumentos aducidos por las partes demandadas – en este caso, el Consorcio del Museo –, también se opuso en el procedimiento la falta parcial de legitimación activa de la parte actora, por entender que no estaba acreditado que algunas de las parroquias que integraba hubieran sido las titulares de varios de los bienes litigiosos al momento del cambio de posesión, ni tampoco que lo fueran en la actualidad. El JPI, aun admitiendo que las resoluciones dictadas por las autoridades eclesiásticas no acreditan por sí solas la propiedad de las piezas religiosas, entendió que la parte demandante había admitido dicha titularidad de forma manifiesta en el acuerdo de 30 de junio de 2008, en el que el Obispado de Lérida reconocía que las obras eran propiedad de la parte actora.

En el debate las demandadas adujeron igualmente que debía ser de aplicación la legislación catalana de patrimonio histórico, cuya regulación impone una serie de trámites que impedirían o, en su caso, pautarían la restitución de los bienes controvertidos. Esta cuestión es ventilada sucintamente en la sentencia: la legislación de patrimonio no resulta de aplicación, no solo por encontrarnos ante bienes propiedad de parroquias aragonesas –por tanto, no catalanas–, sino porque el objeto del procedimiento, separándose de los supuestos en los que sí habría sido de aplicación la normativa de patrimonio –como era la realización de un negocio jurídico traslativo de la propiedad de bienes considerados de interés nacional–, consistía en determinar quién es el propietario de las obras religiosas depositadas en el Museo y las consecuencias que se derivan de ello.

El otro bloque sustantivo sobre el que giró la controversia descansa en la demanda reconventional que formularon las partes demandadas, quienes alegaron haber usucapido los bienes depositados y, por tanto, haber devenido sus dueños. El JPI rechazó también este argumento. ¿Por qué? Porque los actos llevados a cabo por las partes demandadas en beneficio y conservación de los bienes no fueron actos realizados distintivamente por quien ostenta la condición de propietario de la cosa (elemento objetivo de la prescripción adquisitiva), sin que sea suficiente, por sí sola, la intención volitiva de ser el dueño

(elemento subjetivo). Las actividades citadas a este respecto para defender su actuación en concepto de propietarios, como fue encargarse de la restauración de las obras o haber recibido solicitudes de préstamo para exposiciones, eran o bien tareas inherentes a la obligación de depósito, o bien peticiones que les fueron cursadas en periodos en los que las parroquias demandantes pertenecían entonces al Obispado de Lérida, sin que en ningún momento se comprometiera o estuviera en duda la titularidad dominical de los bienes por parte de las parroquias.

La sentencia aborda, por último, otras cuestiones planteadas por las partes demandadas (como la legitimación pasiva de la Catedral de Lérida o su petición de ser resarcidas en los gastos de depósito de los bienes) que, con base en el criterio seguido por el Juzgador para resolver los anteriores puntos del debate, son resueltas en sentido favorable para el Obispado de Barbastro-Monzón (N. PULIDO).

Nuevos hitos judiciales en el conflicto sobre el tesoro artístico del Real Monasterio de Santa María de Sijena¹

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HASTA FINALES DE 2020. II. RESOLUCIONES RECAÍDAS EN EL ÚLTIMO AÑO EN TORNO AL CONFLICTO.

I. ANTECEDENTES HASTA FINALES DE 2020

Continuamos aquí la sección ya incluida en los dos volúmenes anteriores del Anuario (2018 y 2019), consistente en compilar y reseñar las resoluciones judiciales recaídas en relación con el conflicto sobre los bienes muebles y pinturas murales procedentes del Monasterio de Santa María de Sijena (Huesca), los cuales fueron trasladados a Cataluña, más en particular al Museo Nacional de Arte de Cataluña y al Museo de Lérida, y han sido en parte restituidos al Monasterio de origen.

Sobre los antecedentes del conflicto, y sin perjuicio de remitirnos a lo expuesto en la sección correspondiente del volumen anterior del Anuario, procede recordar que la suerte de las piezas muebles ha sido diversa a la de las pinturas murales. Por lo que se refiere a las primeras (pinturas sobre tela, cajas sepulcrales, altorrelieves de alabastro, tablas policromadas, figuras talladas, libros de coro, relicarios, platos cerámicos y palmatorias), las cuales habían sido vendidas por las monjas de Valldoreix (sucesoras de las de Sijena) a la Generalitat de Cataluña en los años ochenta y noventa del pasado siglo, la sentencia 48/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Huesca, de 8 de abril de 2015, confirmada después por la de la Audiencia Provincial de Huesca el 30 de noviembre de 2017, declaró la nulidad de las compraventas por no haber contado con el preceptivo permiso

1. Actualización a cargo de Teresa GARCÍA-BARRERO y María Luisa MACÍAS ROMERO.

de las autoridades civiles competentes en materia de patrimonio histórico. En ejecución provisional de este fallo, la Generalitat habría devuelto, en dos remesas, todas las piezas objeto de la litis. El Tribunal Supremo admitió a trámite mediante Auto de 3 de junio de 2020 tres recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha 30 de noviembre de 2017, por la Audiencia Provincial de Huesca interpuestos por el Museo Nacional de Arte de Cataluña y la Generalitat de Cataluña respectivamente.

Por el contrario, las pinturas murales de la sala capitular, que tras la Guerra Civil se habían trasladado a Barcelona para su recuperación, y que en la actualidad se encuentran expuestas en el Museo Nacional de Arte de Cataluña, no han sido aún trasladadas de vuelta al Monasterio, a pesar de haberlo decretado así la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca de 4 de julio de 2016 (v. *infra* § 5). Dicha sentencia no es firme, al haber sido recurrida por el Museo Nacional de Arte de Cataluña y la Generalitat de Cataluña. La ejecución provisional, que había sido despachada a instancias del Gobierno de Aragón y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, fue dejada en suspenso por Auto del Juzgado de 25 de enero de 2018, al apreciar que la sala capitular del monasterio de Sijena no se encontraba suficientemente acondicionada para recibir las pinturas murales sin riesgo de deterioro. Pues bien, esta cuestión ha sido ya resuelta por Sentencia de la Audiencia Provincial de 2 de octubre de 2020 (v. *infra* § 25) al ordenar a la Generalitat de Cataluña y al Museo nacional de Arte de Cataluña restituir las pinturas murales a la Sala Capitular del Monasterio de Sijena.

II. RESOLUCIONES RECAÍDAS EN EL ÚLTIMO AÑO EN TORNO AL CONFLICTO

Desde finales de 2019 cabe dar cuenta, por un lado, de la sentencia 489/2019 de la sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:TSJAR:2019:1884) por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la sentencia 148/2017 de 20 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Huesca (ECLI: ES:TSJAR:2019:1884) por el que se nombra un administrador provisional de los bienes de las Reverendas Sanjuanistas del Real Monasterio de Sijena conforme a los artículos 102, 62.1.a y e de la Ley 30/1992, nombrado con el objetivo de evitar que la inactividad de la Orden en la defensa de su propio patrimonio, que era a su vez un BIC con categoría de monumento, generase

perjuicios en el mismo. Entiende la Sala que se actuó ante la inactividad de la Iglesia, que poco después nombró un administrador, lo que llevó al cese del administrador provisional.

En materia penal se han publicado varios autos de la Audiencia Provincial de Huesca desestimando los recursos de apelación contra los autos de apertura de juicio oral interpuestos por Consejeros de Cultura de la Generalitat de Cataluña por la comisión de presuntos delitos de desobediencia y usurpación de atribuciones judiciales.

También se ha dictado el Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2020 por el que en el marco de una acción de nulidad de contrato de compraventa de bienes históricos del monasterio de Sijena por la Generalidad de Cataluña, admite a trámite tres recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la sentencia recaída contra la sentencia dictada con fecha 30 de noviembre de 2017, por la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1.^a), en el rollo de apelación 288/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 160/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca.

Asimismo, es importante reseñar la Sentencia 174/2020 de la sección 1.^a (civil) de la Audiencia Provincial de Huesca, de 2 de octubre de 2020 (ECLI: ES:APHU:2020:182) por la que se desestiman los recursos de apelación interpuestos separadamente por el Museo Nacional de Arte de Cataluña, por la Generalitat de Cataluña y por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, este último por vía de impugnación, y en consecuencia se ordena a la Generalitat de Cataluña y al Museo nacional de Arte de Cataluña restituir las pinturas murales a la Sala Capitular del Monasterio de Villanueva de Sijena (Huesca).

Finalmente, el inicio de 2021 nos ha traído la sentencia 1/2021 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI: ES:TS:2021:1) que en principio pone fin a una parte del conflicto declarando la ineficacia de los contratos de compraventa de objetos artísticos procedentes del Monasterio de Sijena al desestimar los recursos interpuestos por la Generalitat de Cataluña, el Museu Nacional D'Art de Catalunya y el Consorci del Museu de Lleida contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca que había declarado la nulidad de las ventas de los citados objetos artísticos procedentes del Monasterio de Sijena.

En la tabla a continuación se sintetizan por orden cronológico las resoluciones dictadas en torno a este dilatado y complejo conflicto, actualizada hasta enero de 2021:

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
1	Sentencia n.º 6/2012 del Tribunal Constitucional (Pleno) (RTC 2012, 6).	18/01/2012	Conflicto positivo de competencias interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con las órdenes del Consejero de Educación y Cultura de la Diputación General de Aragón de 8 de agosto de 1997 y 10 de febrero de 1998, relativas al ejercicio del derecho de retracto respecto de determinados bienes eclesiásticos adquiridos por Cataluña procedentes del Monasterio de Sijena en Aragón. Concurrencia de competencias sobre un mismo objeto: recuperación de su patrimonio histórico por parte de Aragón y preservación de bienes culturales sitios en su territorio por parte de Cataluña. A falta de técnicas de colaboración entre las administraciones implicadas, el TC da prevalencia de la competencia de Cataluña al ser la Administración que ya está protegiendo los bienes y venir realizándolo en condiciones adecuadas. El TC considera que las órdenes por las que Aragón ejercía el derecho de retracto vulneraban el orden constitucional de distribución de competencias, y en consecuencia decreta su nulidad. La sentencia deja a un lado cuestiones relacionadas con la calificación de los bienes y los eventuales vicios en el proceso de enajenación, por ser cuestiones de hecho y de legalidad ordinaria que corresponde resolver a los tribunales ordinarios. Hay votos particulares que consideran que el conflicto no debió admitirse por carecer de trascendencia constitucional.

NUEVOS HITOS JUDICIALES EN EL CONFLICTO...

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
2	Sentencia n.º 48/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Huesca (PO 160/2012) (AC 2015, 983).	08/04/2015	Declara la nulidad de pleno derecho de las compraventas realizadas a favor de la Generalitat de Cataluña en 1983 y 1992 y del Museo de Arte de Cataluña de fecha 1994, así como que la propiedad de los bienes objeto de dichos contratos es de la Orden Sanjuanista del Real Monasterio de Sijena, debiendo reintegrarse a su legítimo propietario la posesión material de los bienes, por lo que ordena el traslado al Monasterio de Sijena de un total de 97 piezas, consistentes en pinturas sobre tela, tablas policromadas, cajas sepulcrales, altorrelieves de alabastro y figuras talladas, entre otros objetos de menor valor.
3	Sentencia n.º 1/2015 del Tribunal Supremo (Sala especial de Conflictos de Jurisdicción) (RJ 2015, 5738).	16/12/2015	Desestima el conflicto positivo de jurisdicción planteado por la Generalitat de Cataluña frente al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca. Declara que corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca la competencia para seguir conociendo de la ejecución provisional despachada bajo el núm. 87/2015.
4	Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca (EJP 87/2015).	04/07/2016	Acuerda desestimar el recurso de revisión formulado por la Generalitat de Cataluña y el Museo Nacional de Arte de Cataluña en el procedimiento de ejecución provisional dimanante del ordinario 160/2012, y continuar con la ejecución de traslado de los bienes que constan en el Anexo a la Sentencia de 8 de abril de 2015, al Monasterio de Sijena.

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
5	Sentencia 190/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca (JUR 2016/147154).	04/07/2016	Condena al Museo Nacional de Arte de Cataluña, a restituir las pinturas murales de la sala capitular del Monasterio de Sijena, declarando extinguido el precario detentado sobre ellas por parte de la demandada. Esta sentencia ha sido recurrida y aún no es firme. El Auto del mismo Juzgado de 25 de enero de 2018 (vid. <i>infra</i> § 10) deja en suspenso la ejecución provisional del fallo de instancia.
6	Auto n.º 160/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca (AC 2016, 2333).	02/11/2016	Dicta orden general de ejecución provisional del título indicado a favor de la ejecutante, el Gobierno de Aragón, frente al Museo Nacional de Arte de Cataluña, parte ejecutada, para que se proceda a restituir a la sala capitular del monasterio de Villanueva de Sijena, las pinturas murales que se reclaman.
7	Auto n.º 159/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca (AC 2016, 2332).	02/11/2016	Inadmite a trámite la demanda de ejecución provisional presentada por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena por ser interviniente adhesivo y no contener la sentencia a ejecutar ningún pronunciamiento a su favor.
8	Auto n.º 12/2017 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Huesca	31/01/2017	Estima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena dejando sin efecto la resolución anterior, a fin de que el Juzgado se pronuncie nuevamente sobre la petición de ejecución provisional formulada, sin poder basar su decisión en la falta de legitimación.

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
9	Sentencia n.º 229/2017 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Huesca (AC 2017, 1478).	30/11/2017	Desestima los recursos de apelación interpuestos por la Generalitat de Cataluña y el Museo Nacional de Arte de Cataluña, contra la sentencia 48/2015, de 4 de abril de 2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Huesca, que había declarado la nulidad de las compraventas de una serie de bienes y ordenado el reintegro de la posesión material de los mismos a su legítimo propietario actual.
10	Auto 13/2018 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca (AC 2018, 572).	25/01/2018	Estima la oposición formulada por el Museo Nacional de Arte de Cataluña y la Generalitat de Cataluña a la ejecución provisional que había sido despachada a instancias del Gobierno de Aragón y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, al apreciar que la sala capitular del monasterio de Sijena no se encontraba suficientemente acondicionada para recibir las pinturas murales sin riesgo de deterioro.
11	Auto aclaratorio del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca (JUR 2018, 105035).	31/01/2018	Aclara el Auto anterior, para señalar que no procedía <i>dejar sin efecto</i> la ejecución despachada a instancias del Gobierno de Aragón y del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, sino dejarla en suspenso declarando no haber lugar a que prosiguiera. Asimismo, aclara que la condena en costas correspondía a las ejecutantes y no a las ejecutadas.
12	Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Huesca.	02/05/2018	Declara no haber lugar a la declaración de nulidad de los Autos de fecha 25 y 31 de enero de 2018 en los términos que habían interesado el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena.

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
13	Auto 220/2018 de la Sección 1. ^a (penal) de la Audiencia Provincial de Huesca. (ECLI:ES:APHU:2018:297A).	12/09/2018	Desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena contra la Providencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Huesca, de 24 de mayo de 2018: la Audiencia entiende que es suficiente con que uno de los investigados preste declaración mediante videoconferencia desde Bélgica.
14	Auto 323/2018 de la Sección 17. ^a (civil) de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2019/56).	12/12/2018	Estima parcialmente el recurso interpuesto por el <i>Consorti del Museu de Lleida Diocesà i Comarcal</i> contra el Auto de 20 de febrero de 2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Rubí, declarando la concurrencia de prejudicialidad civil respecto del juicio ordinario 162/2012 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca, revocando el sobreseimiento y establecimiento, en su lugar, la suspensión hasta la obtención de sentencia firme.
15	Auto 57/2019 de la Sección 1. ^a (penal) de la Audiencia Provincial de Huesca (JUR 2019/219596)	21/02/2019	Estima el recurso de apelación penal interpuesto por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena y el Ministerio Fiscal, en el marco de las diligencias previas 573/2017, contra el Auto dictado del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Huesca de 13 de diciembre de 2018, revocándolo, y declarando en su lugar la legitimación del Ayuntamiento para ejercer como acusación particular en calidad de perjudicado directo por la desobediencia presuntamente cometida por la parte investigada al no atender los requerimientos efectuados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca en el marco de la ejecución provisional de la sentencia núm. 48/2015 dictada por ese mismo Juzgado.

NUEVOS HITOS JUDICIALES EN EL CONFLICTO...

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
16	Auto 226/2019 de la Sección 1.ª (penal) de la Audiencia Provincial de Huesca. (ECLI:ES:APHU:2019:272A)	24/06/2019	Desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena contra el auto de fecha 13 de noviembre de 2018 y contra la providencia de 10 de octubre del mismo año, dictados ambos por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Huesca, confirmando que el objeto de la instrucción es la supuesta desobediencia a las resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Huesca, sin que puedan entrar a considerarse actuaciones de los Consejeros del Departamento de Cultura de la Generalitat de Catalunya una vez destituidos en aplicación del art. 155 de la Constitución y sin perjuicio, en su caso, de que se inste la incoación de nuevas diligencias penales.
17	Auto 200/2019 de la sección 2.ª (civil) de la Audiencia Provincial de Lleida. (ECLI:ES:APL:2019:607A)	15/10/2019	Desestima el recurso de apelación interpuesto por el Consorci del Museu de Lleida Diocesà i Comarcal en materia de excepción por litispendencia.
18	Auto 403/2019 de la Sección 1.ª (Penal) de la Audiencia Provincial de Huesca. (ECLI: ES:APHU:2019:486A)	4/12/2019	Desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena contra el auto de fecha 12 de noviembre de 2019, dictado por el Juzgado de Instrucción número 3 de Huesca, confirmando la expresada resolución y declarando de oficio el pago de las costas causadas en esta alzada.

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
19	Auto 407/2019 de la Sección 1. ^a (Penal) de la Audiencia Provincial de Huesca. (ECLI: ES:APHU:2019:484A)	11/12/2019	Desestima el recurso de apelación de un Consejero de Cultura imputado por unos hechos que pudieran ser constitutivos de un delito de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 del Código Penal y/o de un delito de desobediencia, previsto y penado en el art. 410 del Código Penal.
20	Sentencia 489/2019 de la sección 1. ^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (ECLI: ES:TSJAR:2019:1884)	30/12/2019	Desestima el recurso de apelación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la sentencia 148/2017 de 20 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Huesca por el que se nombra un administrador provisional de los bienes de las Reverendas Sanjuanistas del Real Monasterio de Sijena conforme a los artículos 102, 62.1.a y e de la ley 30/1992.
21	Auto 43/2020 de la Sección 1. ^a (Penal) de la Audiencia Provincial de Huesca. (ECLI: ES:APHU:2020:118A)	11/02/2020	Desestima el recurso de apelación contra el Auto de 5 de diciembre de 2019 de apertura de juicio oral por delitos de desobediencia y de usurpación de atribuciones judiciales.
22	Auto 53/2020 de la Sección 1. ^a (Penal) de la Audiencia Provincial de Huesca. (ECLI: ES:APHU:2020:124A)	19/02/2020	Desestima el recurso de apelación contra el Auto de 5 de diciembre de 2019 de apertura de juicio oral por delitos de desobediencia y de usurpación de atribuciones judiciales.
23	Auto 99/2020 de la Sección 1. ^a (Penal) de la Audiencia Provincial de Huesca. (ECLI: ES:APHU:2020:44A)	6/04/2020	Desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Villanueva de Sijena contra el Auto de sobreseimiento provisional dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Huesca.

	RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
24	Auto del Tribunal Supremo de la sección 1.ª de la Sala de lo Civil. (ECLI:ES:TS:2020:3340A)	3/06/2020	Acción de nulidad de contrato de compraventa de bienes históricos del monasterio de Sijena por la Generalidad de Cataluña. Admisión a trámite de tres recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha 30 de noviembre de 2017, por la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1.ª), en el rollo de apelación 288/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 160/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca tramitado en atención a la cuantía inferior a 600.000 euros.
25	Sentencia 174/2020 de la sección 1.ª (civil) de la Audiencia Provincial de Huesca. (ECLI: ES:APHU:2020:182)	2/10/2020	Desestima los recursos de apelación interpuestos separadamente por el Museo Nacional de Arte de Cataluña, por la Generalitat de Cataluña y por el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena, este último por vía de impugnación. Por lo que se ordena a la Generalitat de Cataluña y al Museo nacional de Arte de Cataluña restituir las pinturas murales a la Sala Capitular del Monasterio de Villanueva de Sijena (Huesca)
26	Sentencia del Tribunal Supremo 1/2021 rec. 312/2018 de la sala de lo Civil. (ECLI: ES:TS:2021:1)	13/01/2021	Desestima los recursos interpuestos por la Generalitat de Cataluña, el Museu Nacional D'Art de Catalunya y el Consorci del Museu de Lleida contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca que declaró la nulidad de las ventas de objetos artísticos procedentes del Monasterio de Sijena a la Generalitat de Cataluña y al Museu Nacional.

Hitos judiciales en el conflicto sobre las piezas de arte sacro de las parroquias de la diócesis de Barbastro-Monzón¹

En el presente número del Anuario se ha considerado oportuno reseñar los principales hitos judiciales recaídos en el otro gran conflicto relativo al arte sacro que se encuentra en disputa entre las comunidades autónomas de Aragón y Cataluña: el que afecta a los bienes de las parroquias de la Franja de Aragón, históricamente pertenecientes a la diócesis de Lérida y, desde 1995, encuadradas en la diócesis de Barbastro-Monzón, situada en Aragón Oriental.

En 1995, la Santa Sede decidió remodelar los límites entre las diócesis de Lérida y de Barbastro (Aragón) mediante Decreto de la Congregación para los Obispos de 15 de junio de dicho año. Como consecuencia, 43 parroquias hasta entonces pertenecientes a la diócesis de Lérida, fueron transferidas a la diócesis de Barbastro, que pasó a denominarse diócesis de Barbastro-Monzón. Ante la nueva demarcación eclesiástica, las parroquias exigieron la restitución de los bienes que se encontraban en el Museo Diocesano de Lérida, en Cataluña. El Museo albergaba numerosos y valiosos bienes que habían sido acumulados durante los siglos XIX y XX, bajo el destacable empeño del Obispo Meseguer. La reclamación de las parroquias abrió la puerta a múltiples litigios cruzados que se han librado en varias jurisdicciones, incluida la eclesiástica, la civil y la administrativa.

El litigio comenzó en la jurisdicción eclesiástica, agotada con la Sentencia del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica de 28 de abril de 2007 y Decreto de misma fecha. La autoridad canónica falló a favor del Obispado de Barbastro-Monzón y la Comunidad Autónoma de Aragón, quienes exigieron el reconocimiento y ejecución del Decreto referido por parte de la jurisdicción civil española. La respuesta a esa solicitud fue el Auto n.º 437/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Barbastro. El Auto realiza un análisis de los acuerdos

1. Esta subsección ha sido preparada por Teresa GARCÍA-BARRERO y María Luisa MACÍAS ROMERO.

existentes entre el estado español y la Santa Sede, concluyendo que, sin perjuicio de la validez de las decisiones emitidas por el Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica, no cabe acudir a los tribunales ordinarios para que reconozcan su eficacia. El Juzgado considera que la jurisdicción eclesiástica cuenta con sus propios mecanismos para la ejecución del Decreto, y que dichos mecanismos no pasan por la vía de la jurisdicción civil ordinaria. Por tanto, el auto deniega el reconocimiento de la resolución por vía de *exequátur*. El recurso frente al Auto del Juzgado fue resuelto por la Audiencia Provincial de Huesca (Sección Primera) mediante Auto de 4 de marzo de 2011, el cual desestima la apelación y confirma la resolución de la instancia. En definitiva, se deniega el reconocimiento y la ejecución de la decisión de la Santa Sede por medio de *exequatur*, sobre la base de que el derecho estatutario interno de la Iglesia dota a la institución de las vías necesarias para decidir sobre la validez y actos de disposición de los bienes eclesiásticos, y también para decidir sobre la ubicación y traslado de esos bienes dentro del territorio español. Por ello deviene innecesaria la intervención de la jurisdicción ordinaria del estado español.

En paralelo al procedimiento anterior se inició un segundo litigio por parte de la asociación de amigos del Museo de Lleida Diocesano y Comarcal contra los Obispos de Lleida y Barbastro-Monzón. La demanda de la asociación solicitaba la declaración de dominio por usucapión de un total de 85 bienes llevados al Museo desde 1893 hasta mitad de los años 70, procedentes de varias parroquias. La demanda recibió respuesta por medio de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Lleida, de 6 de septiembre de 2010. La sentencia analiza (i) la imposibilidad de adquisición prescriptiva de bienes histórico-artísticos de conformidad con las leyes de protección del patrimonio histórico español; (ii) la exigencia de justo título y buena fe en la usucapión; (iii) los elementos necesarios para la conversión de un depósito en propiedad; y (iv) la capacidad de los párrocos para disponer de bienes eclesiásticos. Del análisis realizado, el Juzgado concluye que no queda acreditada la adquisición de la posesión por parte del Obispado de Lleida en un modo apto para usucapir. Esta resolución fue también objeto de recurso de apelación, resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 26 de septiembre de 2011. La Sentencia desestima el recurso, resaltando la falta de legitimidad de los amigos del Museo de Lleida Diocesano y Comarcal para alegar la usucapión ajena, a saber, la usucapión por parte del Obispado de Lleida. La sentencia de la Audiencia fue recurrida en vía de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La Sala acordó inadmitir el recurso por medio de Auto de 22 de marzo de 2012, por su presentación fuera del plazo permitido al efecto.

También en la jurisdicción ordinaria, el Obispado de Barbastro-Monzón interpuso una demanda frente al Obispado de Lleida y el Consorcio del Museo de Lleida, en reclamación de 111 piezas de arte sacro. La demandante argumentó que los bienes fueron cedidos sucesivamente en depósito al Obispado

de Lleida, quien posteriormente los depositó en el Museo de Lleida Diocesano y Comarcal sin el consentimiento de la parte actora y sin los requisitos canónicos de licencia previa de la Sede Apostólica. Frente a dicha demanda, el Obispado de Lleida se allanó respecto a 28 de las 111 obras reclamadas, y formuló reconvencción respecto de las restantes, solicitando que se declarase su dominio mediante usucapión. El litigio fue resuelto por sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Barbastro, de 10 de diciembre de 2019, que estima íntegramente la demanda principal formulada por el Obispado de Barbastro-Monzón y la Comunidad Autónoma de Aragón, y desestima íntegramente la demanda reconvenccional interpuesta por el Obispado de Lleida.

Dicho asunto llegó al Tribunal Supremo, en sede del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, como consecuencia del recurso planteado por la Generalitat de Cataluña frente a la resolución de instancia. El Supremo, en su sentencia de 23 de septiembre de 2020, delimita el objeto del litigio como un conflicto positivo de jurisdicción, consistente en que dos órganos pretenden conocer de un mismo asunto, en este caso, un conflicto entre la competencia de la Generalitat de Cataluña y la jurisdicción civil para decidir sobre el traslado de los 111 bienes disputados. Resuelve el Tribunal en contra de la Generalitat, declarando que corresponde al Juzgado de Barbastro la competencia para seguir conociendo del procedimiento en cuestión.

En la órbita contencioso-administrativa se iniciaron también varios litigios. El primero se origina con la decisión del gobierno de Aragón de declarar bienes de interés cultural un total de 110 piezas procedentes de parroquias aragonesas de la diócesis de Barbastro-Monzón depositadas en el Museo Diocesano de Lleida, mediante Orden del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del gobierno de Aragón de 28 de enero de 2011 y Decreto de 14 de julio de 2011. Esas declaraciones administrativas fueron impugnadas por la Generalitat y la Diputación de Lérida, quienes sostenían la nulidad de las declaraciones, por exceder el ámbito territorial del órgano declarante, y porque dichos bienes ya se encontraban declarados como BIC por parte de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Los recursos fueron resueltos por cuatro sentencias, todas ellas de 29 de mayo de 2013, y todas ellas desestimatorias, dictadas por la Sala de lo contencioso-administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. El Tribunal consideró que la Administración demandada había actuado en el ejercicio legítimo de sus competencias a la hora de declarar los bienes litigiosos como BIC. Nuevamente, esas cuatro sentencias fueron objeto de sendos recursos de casación, todos ellos desestimados por sentencias de la sección cuarta del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015.

Un segundo litigio en sede contencioso-administrativa nació de la decisión del Gobierno de la Generalitat de Cataluña de declarar el Museo de Lleida Diocesano y Comarcal como museo de interés nacional mediante acuerdo de

27 de diciembre de 2016. Ese acuerdo fue recurrido por los Obispos de Huesca y de Barbastro-Monzón ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. El Tribunal estimó el recurso, considerando que el procedimiento para la declaración de interés nacional no había sido realizada siguiendo el orden establecido para ello.

En la tabla a continuación se sintetizan por orden cronológico todas esas resoluciones:

RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
Auto n.º 437/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Barbastro (ECLI: ES:JPII:2010:2. ^a)	31/05/2010	Deniega el exequátur del Decreto emitido por el Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica el 28 de abril de 2007, solicitado por el Obispado de Barbastro-Monzón y la Comunidad Autónoma de Aragón, frente al Obispado de Lleida.
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Lleida. (ECLI: ES:JPI:2010:15)	6/09/2010	Desestima la demanda interpuesta por la Associació d'amics del Museu de Lleida Diocesà i Comarcal contra el Obispado de Lleida y el Obispado de Barbastro-Monzón concretada en el ejercicio de una acción declarativa con la pretensión de que se declare la adquisición de dominio por el Obispado de Lleida de los bienes artísticos como consecuencia de la prescripción adquisitiva o usucapión por haber existido una pública y pacífica posesión en concepto de dueño de dichas piezas desde 1893 hasta la actualidad, salvo el periodo de tiempo de 1938 a 1944 en que fueron llevadas a la Ciudad de Zaragoza para su protección.
Auto n.º 29/2011 de la sección 1. ^a (civil) de la Audiencia Provincial de Huesca (ECLI: ES:APHU:2011:1A)	4/03/2011	Desestima los recursos de apelación interpuestos por la representación del Obispado de Barbastro-Monzón y por el ministerio fiscal contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro de 31 de mayo de 2010.

RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
Sentencia n.º 293/2011 de la sección 2.ª (civil) de la Audiencia Provincial de Lleida. (ECLI: ES:APL:2011:780)	26/09/2011	Desestima el recurso de apelación interpuesto por la Associació d'amics del Museu de Lleida Diocesà i Comarcal contra la sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Lleida denegando la adquisición por usucapción.
Sentencia n.º 380/2013 de la sección 1.º (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza (ECLI: ES:TSJAR:2013:672)	29/05/2013	Desestima el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra el Decreto del Gobierno de Aragón de fecha 14 de junio de 2011, por el que se declaran 24 bienes muebles pertenecientes a parroquias aragonesas de la diócesis de Barbastro-Monzón, depositados en el Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal, como Bienes de Interés Cultural.
Sentencia n.º 379/2013 de la sección 1.º (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza (ECLI: ES:TSJAR:2013:671)	29/05/2013	Desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la Orden del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón de fecha 28 de enero de 2011, por la que se declararon Bienes Inventariados del Patrimonio Cultural Aragonés 86 bienes muebles pertenecientes a parroquias aragonesas de la diócesis de Barbastro-Monzón, depositados en el Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal.
Sentencia n.º 377/2013 de la sección 1.º (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza (ECLI: ES:TSJAR:2013:669)	29/05/2013	Desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Diputación de Lérida contra el Decreto del Gobierno de Aragón de fecha 14 de junio de 2011, por el que se declaran 24 bienes muebles pertenecientes a parroquias aragonesas de la diócesis de Barbastro-Monzón, depositados en el Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal, como Bienes de Interés Cultural.

RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
Sentencia n.º 376/2013 de la sección 1.º (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza (ECLI: ES:TSJAR:2013:668)	29/05/2013	Desestima el recurso contencioso-administrativo presentado por el Consorcio del Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal contra la Orden del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón de fecha 4 de abril de 2011, por la que se acordó desestimar el recurso de reposición interpuesto por el Consorcio del Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal contra la Orden de dicho Departamento de 28 de enero de 2011, por la que se declararon Bienes Inventariados del Patrimonio Cultural Aragonés 86 bienes muebles pertenecientes a parroquias aragonesas de la diócesis de Barbastro Monzón, depositados en el Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal.
Sentencia n.º 378/2013 de la sección 1.º (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza (ECLI: ES:TSJAR:2013:670)	29/05/2013	Desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consorcio del Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal contra el Decreto del Gobierno de Aragón de fecha 14 de junio de 2011, por el que se declaran 24 bienes muebles pertenecientes a parroquias aragonesas de la diócesis de Barbastro-Monzón, depositados en el Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal, como Bienes de Interés Cultural.

RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
Sentencia de la sección 4. ^a (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo (ECLI: ES:TS:2015:2331)	26/05/2015	Desestima el recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Catalunya contra la Sentencia de 29 de mayo de 2013 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección Primera, en el recurso contencioso administrativo 260/2011 interpuesto contra la Orden de 28 de enero de 2011 del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón por la que se acordó declarar bienes Inventariados del Patrimonio Cultural Aragonés 86 bienes muebles pertenecientes a parroquias aragonesas de la diócesis de Barbastro Monzón, depositados en el Museu de Lleida, Diocesà i Comarcal.
Sentencia de la sección 4. ^a (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo (ECLI: ES:TS:2015:2330)	26/05/2015	Desestima el recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Catalunya contra la Sentencia de 29 de mayo de 2013 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección Primera, en el recurso contencioso administrativo 665/2011 interpuesto contra el Decreto 140/2011, del Gobierno de Aragón, de 14 de junio de 2011, por el que se declaran 24 bienes muebles pertenecientes a parroquias aragonesas de la diócesis de Barbastro-Monzón depositados en el Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal, como Bienes de interés cultural, sentencia que se confirma.

RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
Sentencia de la sección 4. ^a (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo (ECLI: ES:TS:2015:2337)	26/05/2015	Desestima el recurso de casación interpuesto por la Diputación de Lleida contra la Sentencia de 29 de mayo de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección Primera, en el recurso contencioso-administrativo 527/2011 interpuesto contra el Decreto 140/2011, del Gobierno de Aragón, de 14 de junio de 2011, por el que se declaran 24 bienes muebles pertenecientes a parroquias aragonesas de la diócesis de Barbastro-Monzón depositados en el Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal, como Bienes de interés cultural, sentencia que se confirma.
Sentencia n.º 805/2019 sección 5. ^a (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (ECLI: ES:TSJCAT:2019:7639)	11/10/2019	Estima el recurso interpuesto por el Obispado de Huesca y el obispado de Barbastro-Monzón al considerar que el procedimiento para la declaración de interés nacional no se realizó según el orden establecido.
Sentencia n.º 88/2019 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Barbastro (ECLI:ES:JPII:2019:130)	10/12/2019	Estima íntegramente la demanda presentada por el Obispado de Barbastro-Monzón, en representación de las cuarenta y tres parroquias de la diócesis, contra el Obispado de Lleida y el Consorcio del Museo de Lleida, a los que reclama 111 piezas de arte sacro.

HITOS JUDICIALES EN EL CONFLICTO SOBRE LAS PIEZAS DE ARTE SACRO...

RESOLUCIÓN	FECHA	DESCRIPCIÓN
Sentencia n.º 3/2020 (Sala de Conflictos de Jurisdicción) del Tribunal Supremo (ECLI: ES: TS:2020:2990)	23/09/2020	Desestima el conflicto positivo de jurisdicción planteado por la Generalitat de Cataluña frente al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1 de Barbastro. Procede declarar que corresponde al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1 de Barbastro la competencia para seguir conociendo de las solicitudes de aclaración y complemento de la Sentencia 88/2019, de 10 de diciembre de 2019 del Juicio Declarativo Ordinario núm. 42/2018 y tramitación, en su caso, del recurso de apelación contra la misma.
Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Barbastro (sin referenciar)	17/12/2020	Ordena la ejecución provisional de la Sentencia del mismo órgano 88/2019, de 10/12/2019, obligando al Consorcio y al Obispado de Lérida a la devolución de los 111 bienes a las parroquias de la zona oriental de Aragón antes del 15 de febrero de 2021.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía 2019-2020¹

Se ofrece en esta sección, en primer lugar, un listado de las principales referencias bibliográficas en el ámbito del Derecho del arte durante el año 2020 (con algunas referencias de 2019). La bibliografía cubre de manera más exhaustiva los trabajos publicados en España, intentando prestar atención a aspectos relacionados con la protección del arte y el patrimonio cultural en países de la órbita iberoamericana. Por su referencia en el sector, se incluye también una selección de estudios aparecidos en los últimos números de las siguientes publicaciones: *International Journal of Cultural Property*, *The Columbia Journal of Law & the Arts*, *Il Diritto di Autore* y *European Intellectual Property Review*. Se ha incluido también un vaciado de los trabajos de doctrina aparecidos en los dos últimos volúmenes del *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018 y 2019, publicados en 2019 y 2020 respectivamente.

La sección se completa con dos reseñas bibliográficas sobre dos obras en particular: (i) el volumen colectivo *The Aura in the Age of Digital Materiality. Rethinking Preservation in the Shadow of an Uncertain Future*, editado por la Facium Foundation y Silvana Editoriale (Milán, 2020) y coordinado por Adam Lowe, Elizabeth Mitchell, Nicolas Béliard, Giulia Fornaciari, Tess Tomassini, Blanca Nieto y Guendalina Damone, reseña a cargo de Antonio García Vázquez; y (ii) la obra *El museo. Manual internacional*, de Timothy Ambrose y Crispin Paine, editada por Akal (Madrid, 2019), que ha sido reseñada por María Luisa Macías Romero.

AA.VV. *Camino de Santiago y patrimonio cultural: una visión jurídica integradora* (J. R. Fuentes i Gasó, M. T. Carballeira Rivera, D. L. González Lopo ed.). Atelier, Barcelona, 2020.

AA.VV. *Construyendo patrimonio. Mecenazgo y promoción artística entre América y Andalucía* (G. Romero Sánchez, ed.), ed. Universidad Jaume I, Castellón, 2019.

1. Esta subsección ha sido preparada por María Luisa MACÍAS ROMERO y Rafael SÁNCHEZ ARISTI.

- AA.VV. *Patrimonio histórico-artístico de la Iglesia Católica. Régimen jurídico de su gestión y tutela* (M. J. Roca, M. O. Godoy; coords.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- AA.VV. *The Aura in the Age of Digital Materiality. Rethinking Preservation in the Shadow of an Uncertain Future* (Adam Lowe, Elizabeth Mitchell, Nicolas Béliard, Giulia Fornaciari, Tess Tomassini, Blanca Nieto, Guendalina Damone eds.). Factum Foundation/Silvana Editoriale, Milán, 2020.
- ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando José. “Insurgencia y contenidos ofensivos: Sobre los límites del arte”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 35-160.
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel. “El ordenamiento regional del Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 65-136.
- “Decálogo sobre los modos de adquisición de los tesoros arqueológicos”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 401-412.
 - “Los papeles de Salamanca ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo... y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Consideraciones a propósito de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 2016 y del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2019; con una apostilla sobre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de noviembre de 2017)”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 583-608.
- ÁLVAREZ, Borja; MERINO, Eugenio; MARTÍN, Paz. “Las posibilidades de la actual regulación del mecenazgo en España”. *Boletín del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico*, n.º 99, 2020, pp. 164-166.
- AMADOR DE LOS RÍOS FERNÁNDEZ DE VILLALTA, Rodrigo. “Antigüedades salvadas, perdidas y en peligro”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 431-464.
- AMBROSE, Timothy, PAINE, Crispin: *El museo. Manual internacional*, Akal, Madrid, 2019.
- BAÑARES VILELLA, Silvia. “Estudio sobre algunos aspectos jurídicos en la vida y obra de Mariano Fortuny y Henriette Nigrin”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 161-250.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier. *Derecho del patrimonio histórico y cultural. Gestión estatal, autonómica y local*, ed. CEMCI, Granada, 2019.
- BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Yolanda. “La exportación de obras de arte. Régimen jurídico y criterios para decidir sobre la concesión del permiso de

- exportación. Una propuesta *de lege ferenda*”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 39-140.
- BILSKY, Leora. “Cultural Genocide and Restitution: The Early Wave of Jewish Cultural Restitution in the Aftermath of World War II”. *International Journal of Cultural Property*, Volume 27, Issue 3, Agosto de 2020, pp. 349-374.
- BONADIO, Enrico; CAVAGNA DI GUALDANA, Gilberto. “Street Art; la tutela legale de un’arte nata ai margini della legalità”. *Il Diritto di Autore*, n.º 3, julio-septiembre de 2019, p. 350.
- BRANKOV, Amelia K. “Does Art Need Copyright After All?”. *The Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol 43, n.º 3/2020, pp. 367-369.
- BRAUNEIS, Robert. “How Much Should Being Accommodate Becoming? Copyright in Dynamic and Permeable Art”. *The Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol 43, n.º 3/2020, pp. 381-402.
- BUCCAFUSCO, Christopher. “How Conceptual Art Challenges Copyright’s Notions of Authorial Control and Creativity”. *The Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol 43, n.º 3/2020, pp. 375-379.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia M. “Puntos fuertes y débiles del convenio de UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, *Unidroit y la Codificación Internacional del Derecho Privado* (A. L. Calvo Caravaca e Ignacio Tirado Martí coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- “El mercado internacional del arte con y sin Brexit”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020, pp. 99-117.
- CABELLO CARRO, María Paz. “El toque manual de campanas como Patrimonio Cultural Inmaterial. Historia de un proceso de protección”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 385-400.
- CAÑIZARES LASO, Ana. “Un cuadro firmado por Isidro Nonell”. *Almacén de Derecho*, 5 de febrero de 2020.
- CAUWET, Laurent. *La domesticación del arte. Política y mecenazgo*, ed. Incorpore, Barcelona, 2019.
- DELGADO TERCERO, Luciano. *El peritaje de obras de arte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. “El desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional de protección del patrimonio cultural”, *Unidroit y la Codificación Internacional del Derecho Privado* (A. L. Calvo Caravaca e Ignacio Tirado Martí coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge; CANO MONTEJANO, José Carlos. *Estudio histórico y jurídico sobre la titularidad de la Mezquita-Catedral de Córdoba*, Dykinson, Madrid, 2020.
- FLORES DÉLEON, Erika. *Derecho cultural. Un estudio comparado entre México, España, Argentina y Bolivia*. Atelier, Barcelona, 2019.
- GARCÍA-BARRERO GIURGIU, Teresa. “Arte y blockchain: oportunidades y nuevos retos”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 771-774.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. “El Derecho del Patrimonio Histórico en 2019”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 11-16.
- “La intervención de comisiones externas en la selección de Directores de Museos y de Archivos”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 245-266.
- GARCÍA LOZANO, Luis Miguel. *Arquitectura administrativa de la Cultura en Italia. Análisis del diseño organizativo de la Administración para la tutela de los bienes culturales*. Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2019.
- “La Unidad para la Seguridad del Patrimonio Cultural de Italia: una novedad en la organización administrativa italiana”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 413-430.
- GINSBURG, Jane C.: “Copyright Protection for Applied Art and Works of Artistic Craftsmanship After Star Athletica”. *The Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol 43, n.º 3/2020, pp. 423-430.
- GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés. “La ‘nueva’ Ley de Patrimonio Cultural de Canarias: desconfianza hacia los Municipios”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 137-160.
- GUISSASOLA LERMA, Cristina; LÓPEZ GARCÍA, Antonio. “La tutela jurídico-penal de los bienes culturales: expolio de yacimientos y su articulación con delitos de daños, sustracción, falsificación y contrabando de obras de arte”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 301-369.
- HADLEY, Marie. “Whitmill v Warner Bros and the visibility of cultural appropriation claims in Copyright Law”. *European Intellectual Property Review*, n.º 4/2020, pp. 223-229.
- HERNÁNDEZ LAVADO, Alejo. “El nuevo mecenazgo italiano de la cultura, el arte y el patrimonio cultural”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 267-300.
- HERRERO DELAVENAY, Alicia; SANZ DÍAZ, Carmen. “La gestión museística desde la Conferencia de Museos de Madrid de 1934. Reflexión museológica

- bajo la perspectiva histórica y el ejercicio profesional”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 217-244.
- HORN, Rachel. “Highway Art Policy Revisited: Rethinking Transfers of Copyright Ownership in State-Owned Transportation Artwork”. *The Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol 43, n.º 2/2020, pp. 295-335.
- MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. “La exportación de bienes del patrimonio histórico español: requisitos y consecuencias de su incumplimiento”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 233-328.
- MARÍN BENÍTEZ, Gloria. “La fiscalidad indirecta en el mercado del arte”, *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 389-410.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa; PAU, Antonio. *Los tesoros de valor histórico artístico: una nueva mirada a las teorías sobre su adquisición en caso de descubrimiento casual*. Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2020.
- MARTÍNEZ CASTIZO, Daniel. “La desregularización en la gestión pública del patrimonio. Hacia la mercantilización de los bienes top y la destrucción de los bienes olvidados”. *Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, n.º 99, 2020, pp. 173-174.
- MATEU DE ROS, Rafael. “Comentario de la Sentencia del Tribunal del Distrito Central de California de 30 de abril de 2019: caso Cassirer vs. Fundación Colección Thyssen-Bornemisza”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 559-582.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I. “Las obras plásticas creadas por un artista casado en régimen de sociedad de gananciales”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 251-292.
- MORELL ALDANA, Laura Cristina; ROMÁN LORA, María Alicia. “Delitos contra el patrimonio histórico: una actualización doctrinal y jurisprudencial”. *La Ley Penal*, n.º 143/2020.
- MUÑOZ DE JULIÁN, Daniel. “Sobre el tráfico ilícito de bienes culturales: Robo y destino del tapiz de Roda de Isábena”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 293-327.
- NEGRI, Juan Javier. “Banksy, otra vez”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 833-836.
- “Sólo los herederos pueden certificar autenticidad: ¿falso?”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 837-840.
- “Copyright is for losers”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 841-844.

- “Arte y derecho: el caso Mercedes Benz”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 845-848.
 - “Mahama vs. Christo”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 849-852.
 - “Un fallo importante para las fundaciones de artistas”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 853-856.
 - “La fragancia ‘salvaje’ de Dior y la insensibilidad cultural”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 857-860.
 - “Algunos apuntes legales (y patrióticos) sobre el último Botticelli”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 861-864.
 - “Sustanciales reformas al régimen de circulación de obras de arte: mediante un ‘decreto omnibus’ que cubre muchos otros temas, el Poder Ejecutivo de la Argentina flexibilizó las normas sobre entrada y salida de obras de arte”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 745-748.
 - “El mito del artista famélico: Se vuelve a poner en discusión el derecho de los artistas a recibir parte del precio de reventa de sus obras de arte (‘droit de suite’).” *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 749-753.
 - “El tesoro de Dembélé: El futbolista Mousa Dembélé (del seleccionado belga) encontró un tesoro en su casa. ¿Qué dicen las leyes?”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 755-758.
 - “La jarra de cristal: Una reciente sentencia inglesa tiene algo para enseñarnos en materia de transacciones sobre obras de arte”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 759-763.
 - “Arte y burocracia: La ignorancia sobre principios básicos del arte llevó a cometer un error varias veces millonario”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 765-769.
- OYARZABAL OYONARTE, Nora. “Un Tribunal de California rechaza la ejecución de una sentencia francesa que condenaba a unos ciudadanos de EEUU a pagar una indemnización por una infracción de derechos de autor sobre un catálogo de obras de Picasso cometida en Francia”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 823-832.
- PADRÓS I REIG, Carlos. “El tortuoso conflicto por el patrimonio histórico-artístico de Aragón oriental: La compleja interacción de órdenes jurisdiccionales a propósito de la enajenación, protección y restitución de bienes culturales propiedad de la Iglesia católica”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 141-232.

- PEREDA MIRABAL, Ana María. “El ‘droit de suite’ en la legislación autoral cubana: un reclamo de los artistas de obras plásticas”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 329-416.
- PERIAGO MORANT, Juan José. “Puertos francos: zonas de impunidad en la protección de bienes culturales”. *Estudios Jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo* (J. L. González Cussac, J. León Alapont, coords.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PRETELT ORJUELA, Susana. “Debate del tratamiento de los bienes sumergidos: derecho de dominio colectivo y sus efectos de propiedad cultural o su mercantilización. Caso ‘Galeón San José’”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 493-559.
- PRIETO DE PEDRO, Jesús José; VELASCO MAÍLLO, Honorio Manuel. “Diversidad cultural y patrimonio inmaterial. Dos miradas: jurídica y antropológica”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 371-384.
- QUEROL, María Ángeles. *Manual de gestión del patrimonio cultural*. Ediciones Akal, Madrid 2020.
- RUIZ ROMERO, Zara. “Lawfulness and Ethics around Cultural Property Auctions: The Case of the Barbier-Mueller Pre-Columbian Collection”. *International Journal of Cultural Property*, Volume 27, Issue 3, Agosto de 2020, pp. 397-416.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. “La Fundación Colección Thyssen-Bornemisza es la propietaria del cuadro de Pissarro ‘Rue St. Honoré, après midi, effet de pluie’”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 865-868.
- SARMIENTO, Daniel. “El papel de los poderes públicos y la Constitución cultural”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 737-743.
- SERRANO DE HARO MARTÍNEZ, Maria del Carmen. “El valor de culto y el valor cultural en los inmuebles catalogados de la Iglesia Católica en España”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 161-194.
- SUÁREZ-MANSILLA GONZÁLEZ, Marta. “¿Es España un buen país de paso para el tráfico ilícito de bienes culturales?”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2019, pp. 417-492.
- SZABADOS, Tamás. “In Search of the Holy Grail of the Conflict of Laws of Cultural Property: Recent Trends in European Private International Law Codifications”. *International Journal of Cultural Property*, Volume 27, Issue 3, Agosto de 2020, pp. 323-347.
- VASTA, Carla. “Quando il mondo dell’arte incontra il diritto di marchio: il caso Banksy”. *Il Diritto di Autore*, n.º 3, julio-septiembre de 2019, p. 337.

VEIGA COPO, Abel B. “*El seguro ante la autenticidad, falsificación y robo de obras de arte*”. Civitas, Madrid, 2020.

– “El seguro de obras de arte”. *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2018, pp. 329-387.

VELASCO REBOLLO, Ana Isabel. “Patrocinio, mecenazgo, crowdfunding en patrimonio cultural ¿compromiso social o marketing interesado?” *Boletín del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico*, n.º 99, 2020, pp. 144-145.

ZEGARRA RIVERA, Daniel. “Análisis de la tutela constitucional y penal del Patrimonio Cultural peruano: problemas y posibilidades”. *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 23/2019, pp. 17-64.

*The Aura in the Age of Digital Materiality.
Rethinking Preservation in the Shadow of an
Uncertain Future* (ed. Adam Lowe, Elizabeth
Mitchell, Nicolas Béliard, Giulia Fornaciari,
Tess Tomassini, Blanca Nieto, Guendalina
Damone), Factum Foundation/Silvana
Editoriale, 2020 (201 páginas)¹

POR ANTONIO GARCÍA VÁZQUEZ

Abogado. Uría Menéndez

La *Factum Foundation for Digital Technology in Conservation* (la “Fundación” o “Factum”) publicó en marzo de 2020 “*The Aura in the Age of Digital Materiality. Rethinking Preservation in the Shadow of an Uncertain Future*”, una colección de artículos ensalzando el valor de las reproducciones frente a las obras plásticas originales, volumen coordinado, entre otros, por Adam Lowe.

Creada en 2009 en Madrid, la Fundación se dedica, entre otras muchas tareas, al desarrollo de sistemas de grabación bidimensionales y tridimensionales para la conservación y estudio del bagaje cultural. Entre las distintas actividades planteadas para el año 2020, una de las que han podido culminar a pesar de la pandemia es la de publicar “*The Aura in the Age of Digital Materiality*”, una extensa recopilación de ensayos firmados por distintos autores en la que se abordan diversos temas directamente relacionados con la actividad de la fundación.

El trabajo consta de cinco vastos capítulos y dos estudios de casos reales, formados a su vez por sendos artículos que orbitan en torno a una cuestión

1. Disponible desde https://www.factum-arte.com/resources/files/ff/publications_PDF/the_aura_in_the_age_of_digital_materiality_factum_foundation_2020_web.pdf.

esencial: el enorme valor de las reproducciones de alta calidad que realiza Factum en el mundo actual. Esos cerca de cincuenta artículos provienen de muy distintas fuentes: algunos de otras publicaciones, otros de ponencias ofrecidas en diferentes congresos y muchos fueron escritos directamente para esta obra. En ellos, los autores desarrollan asuntos tan diversos como tesis filosóficas sobre la concepción de la originalidad y la autenticidad, o descripciones de las acciones realizadas por la Fundación para la salvaguarda de ciertas piezas, demostrando en su conjunto que los facsímiles y reproducciones que realiza Factum contribuyen al fomento de la cultura y a ensalzar la obra que recrean.

El primer capítulo de la obra, *Re-thinking the function of facsimiles*, nos introduce en la utilidad de los facsímiles, en ciertas dificultades que aparecen en su fabricación (como el acceso a datos sobre las obras) y en algunos ejemplos de su aplicación. El segundo capítulo, *Preserving, sharing and responsibility* desarrolla distintos ejemplos de iniciativas de restauración y conservación que han tenido éxito gracias a la utilización de facsímiles. El tercer capítulo, *New information generating new knowledge*, describe varios ejemplos en los que el proceso de reproducción de obras para crear sus facsímiles ha permitido conocer más sobre la elaboración de los originales. El capítulo cuatro, titulado *Cartography: Recording shape, mapping surface*, nos ofrece distintas iniciativas de reproducción y recreación de cartografías y nos describe algunos de los conflictos generados en torno a ellas. Y el capítulo cinco, *Access and display*, ilustra diversas iniciativas donde los facsímiles han mejorado el acceso del público al patrimonio cultural.

Respecto de los casos estudiados a fondo, el primero de ellos describe seis acciones diferentes llevadas a cabo por Factum para la restauración de obras del Renacimiento de la zona de Bolonia. El segundo, por su parte, desarrolla en profundidad las acciones de preservación de la Necrópolis Tebana en las que ha estado implicada Factum, digitalizando y recreando el yacimiento.

Como se puede apreciar, todo gira en torno a la utilidad de la digitalización y de la creación de facsímiles. Las distintas temáticas y los diferentes aspectos abordados se tratan por su relación, más o menos directa, con la labor de Factum. Y todos tienden a perfilar una misma conclusión: las reproducciones de la fundación son necesarias, beneficiosas y útiles.

Si nos adentramos en la obra apreciaremos cómo los trabajos van esculpiendo entre todos esta concepción:

Partiendo, por ejemplo, del artículo que firman conjuntamente Bruno Latour y Adam Lowe “*The migration of the aura, or how to explore the original through its facsimiles*”, encontraremos una extensa reflexión sobre el aura de las obras y cómo centrarnos en la importancia del original muchas veces nos priva del disfrute de ciertas características de la pieza que se pierden con el paso del

tiempo, las restauraciones y los traslados. Los autores nos señalan interesantes conceptos en los que centrarnos para valorar la importancia de una obra más allá de si es o no la pieza original. Así, nos proponen enfocarnos en la trayectoria de la obra, entenderla como un conjunto de reproducciones variando a través de la historia para que dejemos de plantearnos si una pieza es el original y nos preguntemos si esa pieza es una reproducción fidedigna. Tratando esos intrincados conceptos se está elogiando la creación de facsímiles de alta calidad y se acaba incluso afirmando la capacidad que tienen de añadir (o más bien de devolver) originalidad a la propia obra.

En la misma línea discurren otros artículos como “*Collections entail responsibilities. Notes on a global institution*” o “*Proliferation of opera houses, concert halls, museums & art galleries: Are we building sepulchres and mausoleums for the future?*”. En ellos sus autores proponen reflexiones sobre la importancia de desarrollar la idea de un bagaje cultural global o sobre el papel de los grandes centros culturales en las ciudades actuales. Son algunos ejemplos de los artículos más teóricos presentados en la obra que pretenden llevar al lector al debate sobre la aportación de los facsímiles a la cultura del futuro.

Y por otro lado, de modo muy distinto pero conexo, se recogen en el libro diversos artículos que se centran en mostrar la utilidad de las reproducciones de Factum desde una perspectiva práctica. Podemos mencionar como ejemplo el artículo firmado por Akari Waurá y otros autores sobre la cueva de Kamukuwaká. En el territorio indígena de Xingu, en Mato Grosso, Brasil, habita el pueblo Wauja. Esta cultura venera los petroglifos grabados en las paredes de la cueva sagrada de Kamukuwaká, pues en ellos se cuenta la historia de su civilización. Cuando se delimitó y protegió el territorio de Xingu en 1961, la cueva no fue incluida y a pesar de los intentos de los Wauja por corregir el error la cueva ha seguido fuera de la protección que la delimitación del territorio le debiera haber otorgado, sufriendo desperfectos e incluso vandalismo y destrucción. El artículo nos cuenta cómo Factum, en colaboración con las instituciones locales, llevó a cabo una reproducción íntegra de la cueva a tamaño real, hecha con poliuretano, replicando las variaciones de color e inscripciones que allí se encontraban y reparando la destrucción a la que había sido sometida la roca. La pieza resultante es considerada por los Wauja como sagrada y ensalzada por preservar su historia mientras continúan luchando por proteger el territorio en que se encuentra el enclave original. Por propio deseo de los Wauja, el facsímil de Kamukuwaká se encuentra en este momento girando por el mundo, siendo exhibido para su estudio y admiración, mientras sus veneradores saben que algún día será emplazado en su territorio como seguro para la conservación de su memoria.

Actuaciones de Factum como la anterior se describen en numerosos artículos a lo largo del libro. El relato sobre los monolitos de Bakor, el trabajo con

la Natividad de Caravaggio o el proyecto con el Black Square de Malevich son algunos ejemplos de las muchas intervenciones de la fundación que ayudaron a preservar el patrimonio cultural o a redescubrir obras deterioradas.

Esa mezcla de artículos teóricos y descripciones de casos reales aporta a la publicación su frescura y su valor, y es al mismo tiempo el argumento sobre el que Factum fundamenta la importancia de su trabajo. Las muy distintas actuaciones de la fundación, con sus resultados positivos, intercaladas con reflexiones teóricas sobre la utilidad del arte, la originalidad o el futuro de la cultura, proyectan el trabajo de Factum como algo indispensable.

Con ello la obra logra el que seguramente sea su principal objetivo: dar a conocer la labor de Factum. Los autores que colaboran (muchos de ellos trabajadores de la fundación) comparten la noción que señalábamos de lo necesarios y beneficiosos que son los facsímiles de alta calidad. Pero al entrelazar sus relatos y reflexiones van planteando una pregunta que queda subyacente y que trasciende la labor más publicitaria del libro para adentrarse en una faceta más científica y filosófica. La gran duda que plantea *The Aura in the Age of Digital Materiality* es si una reproducción puede llegar a ser más valiosa que el original.

Veamos el caso que se expone en el libro del facsímil de las *Bodas de Caná* de Paolo Veronese. La fundación Factum realizó en 2007 un facsímil del cuadro para su exhibición en el exacto emplazamiento en el que el autor lo pintó, el refectorio del convento de San Giorgio en Venecia. La reproducción alberga cada detalle de la obra original expuesta en el Louvre, desde las marcas de los trazos del pincel de Veronese hasta los arañazos que los soldados de Napoleón le causaron para llevarla a París. Pero se expone en su ubicación primigenia, ocupando la totalidad del muro del refectorio, iluminada por luz natural a izquierda y derecha, y fundiéndose con la arquitectura de Andrea Palladio. Adam Lowe y Bruno Latour explican en su artículo que la obra se expresa de forma distinta así, adquiere matices y genera efectos que el original enfrentado a la Mona Lisa en la sala de la Gioconda no es capaz de alcanzar.

En ese ejemplo resulta evidente que el facsímil ostenta un valor superior al que le aporta el mero hecho de reproducir una obra magistral de forma fidedigna. La capacidad de las reproducciones de ser transportadas con más facilidad y cambiar sus ubicaciones es un argumento recurrente en el libro en favor de su valía, y aquí se muestra el por qué. Pero de ahí a que el facsímil de Veronese en San Giorgio sea más valioso que el lienzo original hay un trecho difícil de salvar. La fascinación que produce estar frente al mismo objeto sobre el que el autor plasmó su genialidad es imposible de generar con una reproducción. Y el propio Adam Lowe lo admite: “solo el original posee un aura, esa misteriosa y mística cualidad que ninguna versión de segunda mano podrá jamás alcanzar”.

Y siendo el director de Factum quien firma este argumento es necesario preguntarnos por qué el título de *The Aura in the Age of Digital Materiality* para la obra que ensalza la creación de facsímiles. En la opinión de quien firma estas líneas, seguramente para que nos hagamos esta pregunta. Seguramente para sembrar el debate de dónde acabará por residir el valor de una obra de arte cuando su representación material sea perfectamente reproducible por las tecnologías digitales, cuando sea disfrutable a través de una pantalla o una proyección en cualquier lugar del mundo, incluso en mejores condiciones que en el museo donde el original se exponga. La aportación de la labor de Factum al debate filosófico en torno al arte es innegable.

Ahora bien, tanto su actividad como los testimonios que se recogen en su libro merecen un breve comentario también desde la perspectiva del Derecho.

Las menciones en la obra a cuestiones exclusivamente jurídicas son muy contadas. Destaca especialmente el artículo “*3D Data, Public Access, Freedom of Information Laws*”. En él, Cosmo Wenman nos explica las muchas dificultades que el Museo Egipcio de Berlín le puso cuando el artista gráfico solicitó los datos que necesitaba para crear reproducciones fidedignas del busto de Neferiti. La posibilidad de reproducir la pieza es, en principio, perfectamente asequible, pues la obra lleva en dominio público desde hace unos 3.200 años. Pero el museo se negó a suministrar las medidas y el resto de parámetros que Wenman necesitaba introducir en la impresora 3D alegando que ellos venden en su tienda reproducciones como las que el artista quería realizar y suministrar esos datos supondría renunciar a su principal ventaja competitiva.

La colisión de derechos es, como poco, polémica, pero lo más destacable es que este testimonio nos pone ya en alerta sobre controversias que en el futuro pudieran ser mucho más abundantes. La tecnología con la que Factum lleva a cabo su labor es cada vez más accesible y precisa, y va a llevar la explotación de las obras en dominio público a nuevos terrenos, como la reproducción por impresión 3D o la comunicación pública en forma de holograma. Y esto requerirá un nuevo análisis de los derechos del propietario del *corpus mechanicum* y, sobre todo, de sus deberes.

Pero las capacidades de las técnicas usadas no solo pueden ser útiles para las actividades de documentación y conservación que hacen uso de las capacidades otorgadas por el dominio público, sino que también constituyen una alternativa interesante a la propia forma de explotación de la obra por parte de su autor. Las posibilidades que los facsímiles ofrecen para replicar los atributos de las piezas, sumadas a la relocalización del aura de la obra, pueden desembocar en propuestas artísticas reproducidas en masa o en obras que carezcan de un original concreto. Las posibilidades son inmensas y el Derecho deberá comprenderlas a todas.

Tras todo lo expuesto, concluimos que *The Aura in the Age of Digital Materiality* es una obra extensa pero ligera, magníficamente ilustrada y que nos invita a conocer la actividad de Factum desde una perspectiva multilateral, entendiendo los muchos beneficios que puede aportar. Se nos reta a abrazar la digitalización como una forma de ensalzar nuestra herencia cultural, de conocerla, divulgarla y perpetuarla, sin dejar que ciertas ideas o incluso la configuración legal nos impidan aprovechar las herramientas que el desarrollo tecnológico nos brinda. Y todo ello se condensa en una cita final, atribuida tanto a Thomas More como a Gustav Mahler, que por acertada nos atrevemos a repetir en estas páginas:

“La tradición no es la adoración de las cenizas, sino la preservación de la llama”.

El museo. Manual internacional, de Timothy Ambrose y Crispin Paine (trad. de Ana Useros y Jesús Espino), ed. Akal/ICOM, Madrid, 2019

POR MARÍA LUISA MACÍAS ROMERO

Abogada documentalista. Uría Menéndez

El Museo. Manual internacional es un monográfico escrito por Timothy Ambrose, consultor internacional en el campo de los museos y el patrimonio cultural y miembro de la Society of Antiquaries de Londres y de la Museums Association, en colaboración con Crispin Paine, conservador y asesor de museos, Honorary Lecturer en el Institute of Archeology del University College de Londres y miembro también de la Society of Antiquaries de Londres y de la Museums Association. Ha sido traducido por Ana Useros y Jesús Espino y cuenta con el prólogo de Suay Aksoy, Presidenta del International Council of Museums (ICOM).

Se trata de la cuarta edición de este manual y la primera edición traducida al español en publicación conjunta de ediciones Akal y el ICOM que, en palabras de sus autores, tiene como propósito principal proporcionar un compendio de buenas prácticas para aquellos museos de todo tipo que cuenten con escaso personal profesional y con recursos financieros limitados, lo cual probablemente quiere decir para la mayoría de los museos; todo ello tomando en consideración los avances que se han ido produciendo dentro del entorno profesional, cultural, social y económico tanto de los museos como de organizaciones culturales.

La obra está compuesta por ocho grandes partes o bloques temáticos, divididos a su vez en capítulos, en los que se desarrollan de manera muy práctica y directa –es habitual a lo largo de todo el libro el uso de cuadros, gráficos y

esquemas– todos los aspectos de la organización y planificación de un museo, así como de la gestión y conservación de los fondos y colecciones del museo.

El primer bloque nos introduce en el concepto de museo, tanto desde un plano teórico como práctico: los autores entienden el museo como una institución abierta al público y al servicio de la sociedad, en el que se conserva y expone el patrimonio cultural con fines de educación, investigación, estudio y recreo, del que se pueden encontrar diversas tipologías dependiendo de las colecciones que exhibe, el modo en que las muestra, y el sector o público al que va dirigido. En esta parte del Manual se describe también el código de deontología para los museos establecido por el ICOM, el cual contiene los principios y estándares mínimos de conducta y desempeño profesional.

En el segundo bloque se presenta a los museos como espacios de aprendizaje y formación para los usuarios que los visitan, y la extensión de su actividad a través de la creación de espacios nuevos, amplios y accesibles, la programación de eventos especiales, y el ofrecimiento de servicios comerciales como los de restauración y venta de *merchandising*, todo ello dirigido a lograr la integración de todo tipo de público, y muy en especial de aquellos que presenten algún tipo de discapacidad.

Ambrose y Paine subrayan la importancia para la promoción del museo de tener un buen equipo de comunicación y desarrollo de negocio que se encargue de las publicaciones, de mantener al día la página web, de la llevanza de las redes sociales y de tratar con los medios de comunicación. También ponen de relieve la importancia de hacer más cercano el museo a los ciudadanos por medio de las asociaciones de amigos, las actividades de voluntariado o la posibilidad de alquilar sus espacios para eventos corporativos. Sin olvidarnos del museo como espacio de uso para los investigadores, en el entendimiento de que la investigación es una parte importante de la actividad museística que hay que fomentar y facilitar, pues puede aportar nuevos puntos de vista y proporcionar nueva información sobre la importancia de las colecciones que se exhiben; y ello no solo a través de los investigadores internos de la institución, sino abriendo el acceso a los investigadores externos.

El tercer, cuarto y quinto bloques, eje central del Manual, nos adentran en el ámbito de las colecciones. El primero de los tres se refiere a la descripción de las diferentes técnicas de presentación, planificación y diseño de las exposiciones, tanto permanentes como temporales, el número de obras de las mismas, el tipo de visitante al que van dirigidas, la duración en el caso de las exposiciones temporales, su encuadramiento dentro de un contexto histórico adecuado y las sinergias entre los diferentes estilos artísticos.

En el cuarto bloque se detallan los tipos de colecciones, así como una de las piezas claves en todo museo, y por ende del Manual, como es la política

de adquisiciones, la cual se puede articular a través de donaciones, compras y préstamos de obras, y obliga a poner en marcha otros elementos complementarios, como los contratos de seguro o la eventual adquisición de derechos de autor.

La última parte de este eje central en torno a las colecciones del museo presta atención a los planes de conservación de las obras durante las exposiciones, y a aspectos como el control de la iluminación, la temperatura y la calidad del aire, así como el correcto almacenamiento, la manipulación, el embalaje y la conservación, sin olvidar los protocolos de seguridad. Todos ellos son factores fundamentales para el buen mantenimiento y la evitación de daños a las obras.

Cerrado el análisis de las colecciones, el bloque sexto nos lleva a la sede física del museo, es decir, el edificio o edificios que lo componen, respecto de los cuales resulta vital planificar su seguridad, accesibilidad, gestión, mantenimiento y sostenibilidad, de modo que constituyan un entorno seguro y confortable para los visitantes.

En la parte séptima se exponen los diversos aspectos de la gestión interna de un museo, comenzando por su estatus legal, los órganos rectores y directivos, la gestión financiera, la gestión de proyectos, los recursos humanos, las fuentes de ingresos, así como la obtención de licencias y demás trámites administrativos. Para finalizar, el bloque octavo recoge una serie de recomendaciones sobre fuentes de información y recursos online.

En suma, una guía práctica completa que aborda todos los ámbitos imprescindibles para gestionar un museo y sus colecciones, la cual sin duda constituye un valioso material formativo para quienes deseen iniciarse en el funcionamiento interno de los museos o para los profesionales del sector que necesiten reciclarse en alguna de las materias abordadas. Ciertamente, el lector con conocimientos jurídicos no encontrará un gran desarrollo de los aspectos legales, y aunque somos conscientes de la dificultad de abordar tales aspectos en una obra con vocación internacional, tal vez una próxima edición del Manual podría incluir un tratamiento más extenso de aquellos que admiten un enfoque más común, como son los contratos mediante los que el museo articula sus relaciones con artistas, proveedores, colaboradores, usuarios y otros museos.

VARIA

“Reloj, no marques las horas...”: otra vez Arte y Derecho

*El bolero “El reloj” (compuesto por el mexicano Roberto Cantoral
en 1956) da pie para comentar un caso de derecho del arte...
sobre pinturas y relojes¹*

JUAN JAVIER NEGRI²

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Tal Rosenzweig es un joven artista plástico israelí que vive y trabaja en Copenhague. Firma sus obras como “Tal R”. Ha realizado numerosas muestras individuales y colectivas en importantes ciudades europeas.

“Pinto como si estuviera preparando una canasta de picnic: en mis obras incluyo de todo”. El arte de Tal R, dijo su galerista, “está hecho de experiencias y materiales cotidianos” y mezcla imágenes y diseños figurativos y abstractos originados tanto en la cultura popular como en la más selecta. Por eso se lo denomina con una palabra hebrea (*kolbojnic*) que quiere decir “comida sobrante”. Esto da como resultado grandes superficies llenas de contrastes de color.

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 17 de diciembre de 2019. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).
2. Juan Javier NEGRI recibió el Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte en su segunda edición, con el trabajo “La puerta de Banksy (el error en la compra-venta de obras de arte)” (*Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Civitas, 2016, pp. 23-154). También es autor del trabajo finalista en la primera edición del Premio titulado “El dilema de Landet (ensayo sobre la destrucción y mutilación de la obra de arte y sus aspectos jurídicos)” (*Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano*, ed. Fundación Profesor Uría-Civitas, 2015, pp. 111-182) (*N. del E.*).

Seguramente fue esa característica la que llevó a otros dos artistas, en agosto último, a comprar en una subasta en Londres y por 70.000 libras esterlinas una obra de Tal R (“Paris Chic”, 2017, pigmentos y pegamento extraído de piel de conejo sobre tela, 172 x 200 cm).

Inmediatamente anunciaron que cortarían la obra en pedacitos y usarían los fragmentos de tela para colocarlos como fondo de las esferas de 200 o 300 carísimos relojes pulsera de lujo bajo la marca Letho.

No sólo eso: en la página web de Letho abrieron un concurso para que los interesados pudieran pujar para elegir qué trozo de “Paris Chic” deseaban para su reloj. (Cada uno de ellos se vendería a un precio base de alrededor de mil quinientos dólares; el derecho a elegir el fragmento de la pintura llegó a cotizarse en seis mil dólares).

Al lanzar el proyecto, Letho publicitó cuáles serían los pasos del procedimiento a seguir: primero, la selección de la obra de arte adecuada (que, como vimos, recayó en “Paris Chic”); luego, la identificación de los técnicos capaces de cortar esa obra para incorporar los fragmentos en las esferas de los relojes; en tercer lugar, el proceso de adjudicación de los distintos trozos de “Paris Chic” a cada uno de los compradores de los relojes; a continuación, en un *vernissage*, los interesados verían por última vez la obra de arte tal como fuera concebida por su autor, antes de que, en un procedimiento llamado *Udskæring til fernisering*, una cuchilla procediera a cortarla en pedacitos. Finalmente, los recortes del cuadro serían “implantados” en las respectivas esferas.

Tal R inmediatamente reaccionó y pidió la intervención de la justicia (en este caso, el tribunal comercial y marítimo de Copenhague, en Dinamarca). El caso es interesante pues los principios legales aplicables son casi los mismos que rigen en la Argentina.

Tal R pidió una medida cautelar que se le otorgó el pasado 2 de diciembre³. La decisión prohibió a los compradores de la obra de arte que la destruyeran. Además, les impuso las costas legales (por alrededor de mil dólares).

Lamentablemente, la información sobre el caso no proviene de fuentes judiciales (asumiendo que el lenguaje legal danés fuera comprensible para nosotros) sino de noticias periodísticas, no demasiado precisas y algo confusas.

Según la prensa, la solicitud de Tal R estuvo fundada en que, si bien éste reconoce que quienquiera compra una de sus obras “es libre de revenderla y aún de destruirla” —lo que no es exactamente cierto—, “nadie tiene derecho a alterarla y reintroducirla en el mercado con propósitos comerciales”.

3. Orange, Richard, “Danish court rules artists’ work cannot be cut up to make watches”, *The Guardian*, 2 de diciembre de 2019.

Para los jueces, los planes de los relojeros constituirían una *alteración y modificación* de la obra de arte que viola los derechos intelectuales del artista (antes que una mutilación que afectaría sus derechos morales)⁴.

Los magistrados sostuvieron que desmenuzar la pintura de Tal R *alteraría* su carácter de obra de arte para obtener de ese modo un beneficio comercial en cabeza de personas distintas a su autor y perjudicaría la reputación de éste.

El tribunal descartó el argumento de los demandados según el cual los relojes “constituirían obras de arte independientes”, puesto que la propia campaña publicitaria a su respecto había hecho referencia a que tenían “una pintura de Tal R en la esfera”.

Los relojeros aún no han hecho conocer cuál será su próximo paso: si apelar la medida cautelar, intentar un acuerdo con Tal R o enfrentar a éste en los tribunales.

Por de pronto, han declarado a la prensa que, si sus planes finalmente se llevaran a cabo, la reputación de Tal R no sólo no se vería afectada, sino que, por el contrario, recibiría un impulso notable, porque en su opinión no es lo mismo cortar en pedazos una pintura de bajo precio o de autor desconocido: “Una obra de arte de poco valor a nadie le importaría. Es necesario usar una verdadera obra maestra”. En opinión de los relojeros, Tal R debería sentirse honrado porque una de sus obras haya sido seleccionada para ser desmenuzada.

Su abogada dijo, por otra parte, que “destruir” una obra de arte, en Dinamarca, es legal. Y aún si finalmente se la destruyera, esa destrucción jamás afectaría la reputación de Tal R, porque los fragmentos de la pintura serían tan pequeños “que no sería posible establecer a qué obra pertenecen”.

Como dijimos, los principios legales involucrados son casi idénticos tanto en Dinamarca como en la Argentina. Claro que eso no significa que, necesariamente, sean *interpretados* de igual manera.

La Convención de Berna permite al artista “oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación” de la obra de arte. Las normas sobre derechos intelectuales, a su vez, la protegen contra la copia y la reproducción no autorizadas, la alteración, la falsificación, y, sobre todo, *contra su uso no autorizado*.

A veces, la frontera entre la mutilación y la alteración no es del todo clara. Para añadir más confusión, hay quienes sostienen que la deformación

4. Referencias a distintas soluciones legales sobre el tema pueden encontrarse en Negri, Juan Javier, “El dilema de Landet: ensayo sobre la destrucción y mutilación de la obra de arte y sus aspectos jurídicos”, Derecho del Arte-Anuario Ibero americano 2015, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015.

y mutilación mencionadas por la Convención de Berna *no quieren decir destrucción*, por lo cual ésta estaría permitida (como lo esbozó la abogada de los relojeros).

Sin embargo, parece absurdo que se permita a alguien hacer desaparecer totalmente una obra de arte (quemándola, por ejemplo) pero que se le impida cortarla en cuadraditos.

Es claro que, si el proyecto de los relojeros se concretara, la obra de Tal R *no desaparecería*, pero sería *modificada* (lo que la Convención de Berna prohíbe) y también *alterada* (lo que las leyes de derechos intelectuales impiden). Hay, sin duda, algún grado de superposición entre ambos conceptos.

Pero además habría un uso no autorizado de una obra intelectual ajena. A contradecir este argumento se dirigió la abogada de los relojeros cuando dijo que los fragmentos de la pintura incorporados a las esferas de los relojes serían tan pequeños que no permitirían la identificación del autor. En este caso, sin embargo, la campaña publicitaria previa (hecha por los propios demandados) se ocupó de demostrar la identidad y relevancia del artista afectado.

No hay aún una decisión final sobre el caso. Será interesante saber si los derechos del artista serán respetados y, en ese caso, si lo serán sobre la base de la falta de permiso para usar [lo que queda de] la imagen concebida por Tal R o el daño moral por la destrucción de una obra de arte o por hacerla desaparecer.

Mientras tanto, *reloj no marques las horas/porque voy a enloquecer/Y tu tictac me recuerda/mi irrefrenable dolor...*

Peripeccias judiciales de un cuadro de Modigliani

La situación legal de una valiosa pintura muestra la necesidad de ser cuidadosos con la documentación de respaldo que toda obra de arte debe tener¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Philippe Maestracci, un simple granjero, sabía que su abuelo, Oscar Stettiner, había sido un gran coleccionista de arte en París, pero no tenía muchos detalles al respecto.

En 2011, Filippo fue inesperadamente contactado por Mondex Corporation (una empresa creada en 1993 dedicada a recuperar obras de arte robadas por los nazis) que le informó que un fabuloso cuadro de Modigliani, valuado en decenas de millones de dólares y recientemente reaparecido en el mercado, había pertenecido a su abuelo (de quien Philippe era único heredero) y que existía la posibilidad de recuperarlo. Obviamente, Mondex, que investigaba al Modigliani desde 2009, trabaja a porcentaje sobre el posible recupero.

Esta vez, el proceso fue complicado; más aún, todavía no ha terminado.

La historia comienza en 1918 cuando Amedeo Modigliani (1884–1920) pintó *Hombre sentado con bastón*. Hay quienes dicen que la obra es un autorretrato.

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 7 de febrero de 2020. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).

Fue comprado por Oscar Stettiner, el abuelo de Philippe, quien orgullosamente lo exhibió en la Bienal de Venecia de 1930. Pero en 1939, ante la seria amenaza de que los alemanes invadieran Francia, Oscar dejó París. Allí quedó su colección de arte, a la espera de tiempos más calmos.

Pero estos tardaron en llegar: en junio de 1940 las tropas alemanas invadieron Francia, confiscaron la colección de Oscar (Modigliani incluido) y en 1944 (muy poco antes de la liberación de París) ordenaron su venta en subasta. El Modigliani (con el título *Autorretrato*) fue comprado entonces por un señor Jean Van der Klip por apenas 16.000 francos.

Oscar, vuelto a Francia, demandó a Van der Klip sobre la base de una ley de 1946 según la cual todas las operaciones de compraventa de obras de arte realizadas en Francia durante la Ocupación son nulas de nulidad absoluta. Los tribunales reconocieron su derecho a la restitución del Modigliani, pero erróneamente lo identificaron como *Retrato de un hombre*. Cuando en 1947 un oficial de justicia le exigió que el cuadro fuera devuelto, Van der Klip dijo que en 1946 lo había vendido a un tercero que, a su vez, lo había vuelto a revender.

Oscar murió en 1948, sin poder recuperar la obra. Philippe, su nieto y heredero, nunca supo de los esfuerzos de su abuelo por recuperarla.

Durante mucho tiempo no se supo nada del *Hombre sentado con bastón*, hasta que en 1996 –precisamente cincuenta años exactos después de la “venta” por Van der Klip– salió a la venta en Christie’s de Londres, donde fue adquirido por International Art Centre (“IAC”), una sociedad panameña, en algo más de tres millones de dólares. (Luego se descubrió que quienes entregaron el cuadro a Christie’s para su venta –y cobraron el precio por mitades– habían sido la hija y un nieto de Van der Klip, el supuesto “vendedor”. Ninguna de las sucesivas ventas mencionadas por Van der Klip había existido jamás).

A partir de 2005, el Modigliani fue exhibido para su venta en la Helly Nahmad Gallery de Nueva York. Fue, además, expuesto en varias muestras internacionales de arte.

En 2008, el Modigliani fue otra vez llevado a remate por IAC, esta vez en Sotheby’s de Nueva York, donde fue valuado entre dieciocho y veinticinco millones de dólares. No hubo oferentes.

Pero las obligaciones de una casa de subastas como Sotheby’s incluyen la de efectuar una investigación detallada acerca de las obras en venta. Por eso, el catálogo respectivo incluyó suficiente información como para identificar el Modigliani como el que había pertenecido a Oscar. Cuando IAC tomó nota de que el origen del *Hombre sentado con bastón* era dudoso, lo trasladó inmediatamente a Suiza.

En 2012, con el apoyo de Mondex, Philippe demandó en los tribunales federales de los Estados Unidos a la Helly Nahmad Gallery y a su propietario David Nahmad para recuperar la pintura.

Aquí es oportuno agregar que en noviembre de 1998 tuvo lugar la Conferencia de Washington sobre Bienes del Holocausto, con representantes de cuarenta y cuatro países (incluida la Argentina) que facilitó enormemente las gestiones y trámites judiciales para que los afectados pudieran recuperar los bienes de los que fueron despojados durante la Segunda Guerra Mundial.

El pleito iniciado en 2012 fue desistido por Philippe y fue reiniciado en 2014². La nueva demanda enfrentó infinidad de obstáculos y objeciones, sobre todo acerca de la personería de Philippe, residente en Francia, para pleitear en los Estados Unidos como heredero de su abuelo. (Incluso hubo un desagradable episodio en el que Philippe fue obligado a borrar algunos epítetos insultantes contra los Nahmad incluidos en su escrito).

La defensa de los Nahmad se basó en que el Modigliani de su propiedad (*Hombre sentado con bastón*) era distinto al *Autorretrato* robado a Stettiner. Pero luego agregaron otro argumento: el cuadro expuesto para la venta en su galería nunca les perteneció, sino que era propiedad de IAC, la empresa panameña que lo había comprado en 1996.

El pleito no andaba bien para Maestracci, hasta que, gracias a las filtraciones de los documentos archivados en el estudio jurídico panameño Mossack & Fonseca (conocidas como “Panamá papers”), se descubrió que, desde 1995, los propietarios de IAC era (sí, adivinaron) la familia Nahmad y que la obra estaba depositada en un depósito en una zona franca de Ginebra. Con el auxilio de la policía suiza, el cuadro fue secuestrado.

En noviembre de 2017 la justicia resolvió que, no obstante los años transcurridos, la acción no estaba prescrita, puesto que el plazo de seis años aplicable a las cuestiones relativas a obras de arte afectadas por el Holocausto corre desde la fecha “del descubrimiento de la identidad de la obra y de su ubicación y de la existencia de derechos en cabeza del demandante” y que los demandados no lograron probar que el descubrimiento de su derecho por Maestracci hubiera sido anterior. Para la justicia, Philippe recién tuvo evidencia de la existencia de su derecho a recuperar el Modigliani cuando la casa de subastas hizo referencia a que su abuelo había sido su propietario.

2. In re Maestracci v Helly Nahmad Gallery, Inc., 2017 NY Slip Op 07676, Appellate Division, First Department (650646/14-3698 3697 3696); también Gowen v Helly Nahmad Gallery, Inc. 2019 NY Slip Op 01350, Appellate Division, First Department (650646/14 8501 8500).

En febrero de 2019, los tribunales neoyorquinos rechazaron los argumentos de los demandados de que Nueva York era un foro inconveniente para dirimir la cuestión (lo que allá se llama la excepción del *forum non conveniens*). Para los jueces, el hecho de que en Francia la cuestión estuviera prescripta y que para la justicia neoyorquina dirimir un pleito de esta naturaleza no sería “particularmente complejo” fueron argumento suficiente para considerarse competentes.

Entre otros argumentos, los Nahmad habían sostenido que obtener las declaraciones de Philippe en Francia (donde vive) sería sumamente complicado. Los jueces, en un alarde de practicidad digno de ser imitado, dijeron que esas declaraciones seguramente carecerían de importancia. Después de todo, cuando el cuadro fue confiscado Philippe no había nacido y a la muerte de su abuelo, apenas acababa de aprender a gatear.

Pero en enero de 2020, en los archivos de una galería de arte en París y gracias a un empleado de Sotheby's se encontraron documentos que confirman que el cuadro reclamado por Philippe es el mismo que fuera adquirido por IAC (o los Nahmad, lo que a esta altura es indistinto).

Sospechamos que el pleito se resolverá a través de un acuerdo privado entre Philippe y la galería de arte. Ésta tiene mucho para perder en un pleito semejante, aun si lo ganara.

5Pointz: una revolución jurídica en el mundo del arte

*A partir del 20 de febrero de 2020, el derecho reconoce la
importancia, influencia, valor y trascendencia del arte callejero
en la cultura contemporánea¹*

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Hace dos años atrás llamamos la atención de nuestros lectores acerca de una decisión judicial en los Estados Unidos que ordenó indemnizar con una enorme cantidad de dinero a varios artistas callejeros cuyas obras habían sido destruidas por “el dueño de la pared” donde aquellas estaban pintadas².

La decisión no sólo fue sorprendente por el monto de la indemnización sino también por su trascendencia como precedente judicial, al reflejar una creciente revalorización estética y jurídica del arte callejero.

Vayamos por partes: en casi todo el mundo (o por lo menos entre los países firmantes del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, entre los que se cuenta la Argentina), los artistas tienen derecho “a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación” de sus obras de arte “o a cualquier atentado a las mismas que cause perjuicio a su honor o reputación”.

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 10 de marzo de 2020. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).

2. “Grafiteros de Nueva York”, *Dos Minutos de Doctrina*, XVI:728, 23 de febrero de 2018.

A estos derechos se los llama “derechos morales” y son básicamente dos: el derecho a la atribución (por el cual todo artista tiene derecho a ser identificado como autor de su obra y a rechazar la atribución de obras ajenas) y a la integridad, según el cual el artista tiene derecho a que su obra, *aun si es propiedad de un tercero*, no sea mutilada, destruida o distorsionada.

En los Estados Unidos, donde siempre hubo reservas contra todo aquello que pueda parecer una limitación a la propiedad privada, otorgar a un artista el derecho a impedir que alguien maltrate una obra de arte *de propiedad de un tercero* es casi herético. Es por eso que los derechos morales en los Estados Unidos tuvieron un reconocimiento tardío y, hasta cierto punto, más limitado que en el resto del mundo.

Mientras que en la Argentina, por ejemplo, las limitaciones para el ejercicio de los derechos morales son prácticamente inexistentes (salvo por su desconocimiento por los propios artistas) la ley estadounidense exige un requisito sustancial³.

El ejercicio del derecho a la integridad, según la norma respectiva (la “Visual Arts Rights Act” de 1990⁴, llamada generalmente VARA) requiere que la destrucción afecte *el honor o la reputación del artista* (un recaudo casi idéntico al que se exige en la Argentina) y que la obra en cuestión sea *de reconocida jerarquía*. (Así hemos preferido traducir el texto en inglés que dice “recognized stature”).

Lamentablemente, VARA no explica qué debe entenderse por *reconocida jerarquía*. Es por eso que la ley argentina, que no tiene esta exigencia, podría eventualmente ser usada para proteger no una obra de arte sino cualquier tipo de engendro que se quisiera hacer pasar por tal.

Cuando hace dos años comentamos la decisión del juez de primera instancia que indemnizó a los “artistas del aerosol” por la destrucción de sus obras, dijimos que el caso podía ser apelado. Así fue.

Repasemos los hechos brevemente: desde 2002 y durante veinte años, y con permiso del propietario, decenas de artistas callejeros usaron unos edificios abandonados en Nueva York (un complejo llamado 5Pointz) para estampar en ellos, sucesivamente, pinturas murales de todo tipo. Eran de tan alta calidad que el valor de las propiedades en el barrio aumentó considerablemente y el lugar (“la meca del graffiti”) se convirtió en una atracción turística. Un buen día Gerald Wolkoff, el propietario, decidió demoler la edificación existente y

3. Negri, Juan Javier, “El dilema de Landet: ensayo sobre la destrucción y mutilación de la obra de arte y sus aspectos jurídicos”, Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2015, Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2015, pp. 111 y ss.

4. 17 U.S.C. § 106A.

construir allí departamentos de gran valor. Los artistas se opusieron y en 2013 pidieron una medida cautelar. Mientras ésta estaba en trámite, Wolkoff destruyó cuarenta y nueve murales. En primera instancia se ordenó indemnizar a los artistas. La suma incluyó una especie de multa a Wolkoff por haber destruido las pinturas a sabiendas y consciente de que había un trámite judicial pendiente.

La apelación de Wolkoff se basó, básicamente, en que las obras no tenían *reconocida jerarquía* y que los artistas siempre supieron que 5Pointz sería demolido.

El 20 de febrero pasado la Cámara, por unanimidad, resolvió la cuestión⁵ y, por primera vez, se admitió que (1) *el arte callejero tiene reconocida jerarquía* y (2) *su carácter efímero no le quita esa jerarquía*.

El tribunal recordó cómo el concepto de *obra de arte de reconocida jerarquía* ha sido interpretado desde la sanción de VARA hasta llegar a su actual formulación: “la jerarquía, el estatus o el calibre de una obra de arte son *reconocidos* cuando ésta es aceptada como tal por un grupo significativo, integrado generalmente por la comunidad artística en la que se incluyen historiadores del arte, críticos, curadores de museos, galeristas, artistas prominentes y otros expertos”.

El tribunal dijo incluso que la *reconocida jerarquía* es un concepto elástico, por lo que aún una obra de escaso valor pero realizada por un artista reconocido merece protección legal; puso, como ejemplo, cualquier obra de Monet, por mala que sea: su destrucción siempre acarreará consecuencias legales.

La carga de la prueba acerca de la *reconocida jerarquía* de una obra de arte, pesa, por supuesto, sobre quien la alega. La Cámara dijo que, para demostrar su existencia, puede apelarse al testimonio de peritos (o aun de legos que sean capaces de identificar una obra de arte en particular gracias a su alto valor icónico).

Los jueces agregaron que la jerarquía de una obra de arte *puede demostrarse aún después de que haya sido destruida*.

Sentaron también otros dos principios valiosos: el primero, que un artista cuya valía ha sido reconocida por otros artistas, curadores o críticos es más susceptible de crear una obra de arte de reconocida jerarquía que otro que jamás fue identificado como tal. El segundo, que *aunque sea efímera*, una obra de arte de reconocida jerarquía amerita protección legal. Las leyes no exigen

5. In re “Castillo *et al.* v. G&M Realty L. P. *et al.*”, United States Court of Appeals for the Second Circuit, N.º 18-498-cv (L) y 18-538-cv (CON), 20 de febrero de 2020.

que las obras de arte cuya destrucción se pretende impedir sean de naturaleza permanente.

Quedan dos preguntas: ¿y ahora? Quizás haya que esperar el resultado de una posible apelación por parte de Wolkoff ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero ya hay dudas entre artistas y abogados acerca de su resultado. Parece difícil que ese tribunal mantenga el grado de protección a los artistas callejeros que se les acaba de otorgar frente a los derechos del propietario.

La otra pregunta: ¿y por casa? ¿Afecta esto la situación del arte callejero en la Argentina? La respuesta no es sencilla. Tanto la ley estadounidense como la argentina protegen los mismos derechos (a la atribución y a la integridad) en cabeza de las mismas personas (los artistas), pero nuestras reglas *no exigen nada con respecto a la calidad intrínseca de la obra de arte*. Por lo tanto, si la ley argentina es más flexible que la estadounidense, y ésta reconoce la protección que merece el arte callejero, nuestros jueces deberían también protegerlo.

No debe olvidarse que en el caso de 5Pointz, *los murales estaban autorizados*. Por eso, de allí a proteger a los artistas clandestinos hay un larguísimo trecho, por buena que sea su obra.

Ahora bien: si se planteara un pedido de protección por pintores callejeros *autorizados*, no creemos que los jueces argentinos deban convertirse en críticos de arte para así “salvar” la buena pintura y condenar a la otra a ser cubierta con una mano de cal ni tampoco proteger cualquier cosa. Quizás la respuesta pueda encontrarse en una exigencia que sí contempla la ley argentina: que la destrucción de la obra de arte *afecte el honor o la reputación del artista*. ¿Acaso no hay obras de arte cuya mera existencia (no ya su destrucción) afectan la reputación del artista?

Arte y Derecho: ¿era un Caravaggio y nadie se dio cuenta?

Inglaterra: un caso fascinante sobre obras originales, réplicas y copias y la responsabilidad de los expertos y las casas de subastas¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

En la colección del Museo Kimbell en Texas hay un cuadro maravilloso: “Los jugadores de cartas” (también llamado “Los tahúres”), pintado hacia 1595 por Caravaggio, uno de los principales artistas del barroco italiano y de los primeros en abandonar la temática religiosa o mitológica para describir escenas de la vida real. Sólo existen alrededor de sesenta obras de Caravaggio. En ésta, dos tahúres engañan a un incauto haciendo trampa en un juego de cartas.

Al igual que su autor, el óleo tuvo una historia llena de sobresaltos: desapareció hacia 1890, cuando salió de Italia. Sólo se conservaba una fotografía del cuadro, usada para confrontarla con varios supuestos originales que aparecieron con el tiempo. Recién en 1987 se encontró en Zurich el que podía ser el original perdido. Luego de expertizajes, análisis, limpieza y restauración, “Los jugadores...” pasó a manos del Kimbell, que lo exhibe como una de sus joyas. La atribución definitiva a Caravaggio fue hecha por Sir Denis Mahon, coleccionista y un gran experto en la obra del pintor.

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 19 de mayo de 2020. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).

Mientras tanto, en Inglaterra, William Thwaytes dedicaba su tiempo y dinero a coleccionar “Old Masters”, es decir, obras de pintores europeos, no necesariamente reconocidos, activos entre 1600 y el 1800. Tuvo olfato y buena suerte: en 1947 compró un óleo anónimo (“Los músicos”) que mostraba a cuatro muchachos tocando distintos instrumentos. En 1951 la obra fue identificada como un Caravaggio y en 1952 la vendió al Metropolitan Museum de Nueva York por una suma considerable.

En 1962, y por muy poco dinero, Thwaytes compró en una subasta de Sotheby’s en Londres otro “Old Master” para su colección. El catálogo lo identificaba como “Caravaggio (after)”, traducible como “a la manera de Caravaggio”. Representaba a dos tahúres engañando a un incauto...

En 1965 William murió y dejó su colección a su sobrino Lancelot Thwaytes. Hacia el año 2000 éste hizo tasar el supuesto Caravaggio por Christie’s (una de las dos mayores casas de subastas de Londres), que le dio un valor de aproximadamente dos mil libras. En 2002 pidió, esta vez a Sotheby’s, una nueva valuación para contratar un seguro: nueve mil libras.

En 2006 Lancelot, necesitado de fondos para pagar la universidad, decidió enviar la obra a remate a Sotheby’s, cuyo departamento de “Old Masters” es, quizás, el más reconocido en el mundo. Allí le dijeron que la suya era una buena copia de “Los jugadores...” hecha hacia 1700. Lancelot pidió entonces que se tomaran las medidas adicionales necesarias para cerciorarse de su origen y calidad. Sotheby’s hizo un análisis con rayos X y reiteró su opinión.

El cuadro salió a remate con una estimación de entre quince y veinte mil libras. Unos días antes, sin embargo, los expertos de Sotheby’s se reunieron para revisar la obra nuevamente ante un posible error de catalogación. Pero sus conclusiones no variaron.

El 5 de diciembre de 2006 el cuadro se vendió en 42.000 libras. Lancelot quedó contento: el resultado era mayor que la estimación. La compradora resultó una señora Orietta Benocci. Hubo solo otro oferente, un consorcio de anticuarios, que “se plantó” en 40.000 libras.

La alegría duró poco: Orietta dijo que había comprado por cuenta de Sir Denis (¿se acuerdan del experto que certificó el cuadro del Kimball Museum?). Eso no fue todo: el hombre organizó una gran fiesta para celebrar su 96.º cumpleaños donde anunció ante sus numerosos invitados que había encontrado un Caravaggio auténtico. Enseguida comenzó una gira de exhibiciones públicas de la obra por diferentes museos luego de asegurarla ¡en diez millones de libras!

Obvio: Lancelot demandó a Sotheby’s por daños. En su opinión, no se había hecho una investigación adecuada de la obra para verificar su autoría, por lo que hubo negligencia por parte de la casa de subastas.

El pleito no fue acerca de la existencia o no de un error por parte de Sotheby's al catalogar la obra, sino que estuvo referido a si aquélla aplicó o no el estándar de diligencia adecuado.

Sotheby's sostuvo que su opinión acerca de la autoría de la pintura, basado en la calidad de la obra, había sido razonable.

La sentencia² es una obra maestra. No sólo por su encadenamiento lógico y su manejo técnico del lenguaje propio del arte sino también por su análisis minucioso de todo lo dicho y hecho entre las partes a partir de su primer contacto.

Después de todo, el principio que nuestro venerable Código de Comercio expresaba de modo magistral es universal: “los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”.

La sentencia estableció que no existieron razones que exigieran a Sotheby's aplicar un estándar de diligencia más estricto o diferente del habitual. Tanto para tasar una obra de arte como para ponerla a la venta, *el grado de diligencia de la casa de subastas es idéntico*.

Pero... no todas las casas de subastas son iguales. La sentencia equiparó la situación de Sotheby's con la de un especialista en una gran capital frente al médico clínico de un pueblo: su estándar de cuidado esperable es más alto. Lo mismo ocurre en el derecho argentino: “la culpa [...] consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen *a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”.

¿Y entonces? Quien entrega una obra de arte a una firma de esa talla espera que sea analizada por expertos con acceso a los mejores críticos e historiadores del arte del mundo, por un lapso suficiente como para llegar a una conclusión firme y sin que el estado o condición de la obra sea un obstáculo para ese análisis. Más aún: la importancia de un profesional no lo exime de saber cuándo debe llamar a otro experto para contar con su opinión.

Sotheby's dijo haber aplicado los usos y costumbres. La doctrina más trascendente que se desprende de la sentencia es aquella según la cual los usos y costumbres seguidos en una actividad determinada *no excluyen la negligencia*: siempre debe tenerse en cuenta el interés de los clientes. En otras palabras: aunque “esto se haga siempre así”, eso no es aceptable si perjudica a una de las partes.

2. In re “Thwaytes v. Sotheby's”, Case N.º HC-2012-000042; Neutral Citation Number: [2015] EWHC 36 (Ch); High Court of Justice, Chancery Division, Royal Courts of Justice, Strand, London, 16 de enero de 2015.

No obstante esas consideraciones, la sentencia consideró que no hubo negligencia por parte de Sotheby's al decidir si la obra era o no de Caravaggio *basándose solamente en su calidad pictórica*. A su vez, sólo un juez puede evaluar las pruebas para determinar si Sotheby's fue negligente al establecer la atribución *sólo sobre su propia opinión* acerca de la calidad de la obra.

El análisis, como se ve, fue minucioso, pues la sentencia consideró dos cosas bien distintas: si la atribución puede basarse *sólo en la calidad de una obra de arte* y si esa calidad puede establecerse *sólo sobre una única opinión*. Como la evaluación de la prueba relativa a la calidad no se puede delegar en peritos, debía ser el propio magistrado quien la hiciera. La sentencia entendió que la calidad podía ser determinada, al menos en este caso, por el propio juez: “el mérito de Caravaggio subyace en su capacidad de transmitir al espectador una descripción vívida y natural de objetos y personas, [por lo que] un lego está en mejor situación para determinar la calidad de una obra de arte en un caso como éste que en el de un pintor abstracto o impresionista”.

Sobre esa base, la sentencia entendió que Sotheby's tuvo derecho a establecer la atribución de la obra basándose sólo en su calidad, dados sus conocimientos y su experiencia profesional. Además, fue razonable que Sotheby's concluyera que, como esa calidad no era lo suficientemente alta, la obra no podía atribuirse a Caravaggio.

También se encontró razonable que, dados los antecedentes técnicos de Sotheby's, ésta confiara en su propio criterio acerca de si las imágenes de rayos X justificaban cambiar su opinión negativa acerca de la atribución.

Pero además la sentencia dejó en claro que, a pesar de haber considerado esa posibilidad, Lancelot nunca pidió a Sotheby's que sometiera “Los jugadores...” a pruebas con rayos infrarrojos, ni Sotheby's estuvo obligado a hacer una cosa semejante. (Más aún, se probó que aun si eso se hubiera hecho no habría aparecido nada de particular).

La prueba demostró que aun en los casos en que Sotheby's considera auténtica una obra, en su catalogación incluye las opiniones que pudiera haber en contrario. Y al revés: si Sotheby's objeta la autenticidad de una obra, no hace suyas las opiniones favorables que puedan existir al respecto.

Por eso, *aun cuando Sotheby's hubiera consultado a Sir Denis Mahon, habría mantenido su propia opinión sobre la obra*.

En su demanda, Lancelot dijo que sus daños equivalían a la diferencia entre el precio al que se vendió el cuadro y el precio al que se habría vendido si hubiera sido descripto reflejando las opiniones favorables acerca de su autenticidad. La sentencia consideró no solo que el planteo era poco claro, sino que

era dudoso que en la subasta se hubiera obtenido un precio más alto que el logrado sólo a raíz de una descripción algo más extensa.

La demanda fue, por consiguiente, rechazada. Cabe preguntarse qué habría pasado si las pericias –a diferencia de lo ocurrido en este caso– hubieran demostrado la existencia de evidencias en la obra que pudieran haber sembrado dudas concretas acerca de su paternidad. Y también... ¿qué habría pasado si antes o durante el pleito el cuadro se hubiera vendido por una cifra astronómica? ¿Lancelot no se habrá apurado?

En nuestra opinión, un aspecto relevante de la sentencia es que, al establecer las premisas sobre las que se fundó, dejó en claro qué debe entenderse por “obra original”, “copia”, “réplica”, “variantes”, “repeticiones”, “atribuido a...”, “del taller de...”, “círculo de...”, “a la manera de...” y otros términos técnicos de uso común en la pintura. Creemos que es la primera vez que una decisión judicial toca este tema. En otra ocasión volveremos sobre él.

Banksy y el constante desafío del arte callejero

*A la sugestividad de la obra de Banksy se
añaden atrayentes conflictos legales¹*

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Hace exactamente cinco años, nos ocupamos de un interesante caso legal referido a la propiedad sobre una obra de Banksy que, de la noche a la mañana, apareció pintada sobre un edificio en Folkestone, Inglaterra².

La cuestión llegó a los estrados judiciales ingleses y la decisión señaló un camino a seguir en el territorio aún desconocido del marco legal aplicable al arte callejero³.

En septiembre de 2014, mientras se celebraba en Folkestone una importante muestra trienal de arte, sobre la pared exterior de un parque de diversiones apareció pintado un mural de Banksy (seudónimo de un artista callejero inglés cuya verdadera identidad se desconoce pero cuyas obras alcanzan precios siderales).

La obra lleva el nombre de “Art Buff”, algo así como “Fanática del arte”, y representa a una mujer que, desde muy cerca y minuciosamente observa un pedestal vacío. Donde, normalmente, debería haber una escultura, no hay nada.

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 6 de octubre de 2020. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).
2. “¿De quién es el Street Art?”, *Dos minutos de doctrina*, XII:580, 30 octubre 2015.
3. In re “The Creative Foundation v Dreamland Leisure Ltd” [2015] EWHC 2556 (Ch), *The Law Gazette*, 21 de septiembre de 2015.

El propietario del inmueble donde apareció el mural no había dado permiso alguno (ni a Banksy ni a ningún otro artista) para que las paredes del lugar fueran usadas como soporte de obras de arte.

Dreamland Leisure Ltd., el inquilino, arrendatario o locatario del parque de diversiones (las tres palabras significan lo mismo), no desechó la oportunidad: ni lerdo ni perezoso, al mes de aparecer el mural lo hizo despegar de la pared y lo despachó a los Estados Unidos para que fuera vendido en subasta en Art Basel Miami. Según Dreamland, lo obtenido sería donado a una entidad de beneficencia en memoria de Jimmy Godden, antiguo propietario de Dreamland.

La remoción del mural se hizo sin el permiso del propietario.

Una fundación dedicada a la promoción de Folkestone como centro de arte decidió obtener la restitución de la obra; para ello consiguió una cesión de derechos a su favor por parte del propietario del inmueble.

Como primer paso, la fundación obtuvo una medida de no innovar que impidió a Dreamland vender o realizar actividad alguna con el mural. La subasta en los Estados Unidos fracasó y la fundación logró que el mural fuera devuelto a Inglaterra, secuestrado y trasladado a un depósito.

Luego la fundación presentó una demanda para lograr ser reconocida como propietaria de la pieza y que le fuera devuelta.

En su defensa, Dreamland dijo que, como locatario estaba obligado a reparar cualquier deterioro del inmueble alquilado. Eso le dio derecho a retirar el mural, como parte de sus obligaciones.

El contrato entre Dreamland y el propietario estaba, obviamente, regido por derecho inglés, que en gran parte, es consuetudinario –esto es, no está codificado–. Pero la obligación de reparar el inmueble arrendado es similar a la que tendría un inquilino bajo el derecho continental. En la Argentina “*el locatario debe mantener la cosa y conservarla en el estado en que la recibió. [...] Responde por cualquier deterioro causado a la cosa, incluso por visitantes ocasionales...*” dice el Código Civil. Pero... ¿se podría considerar a Banksy “un visitante ocasional”?

El juez inglés se planteó dos cuestiones: (a) retirar el mural ¿era parte de las obligaciones del locatario de “mantener la cosa en buen estado”? y (b) ¿fue razonable retirar el mural?

El magistrado dijo no haber quedado plenamente convencido por Dreamland de que el mural debía ser quitado de la pared como parte de su obligación de efectuar reparaciones al inmueble o para evitar que aquélla siguiera siendo “pintarrajeada” por futuros imitadores de Banksy.

Suponiendo que retirar el mural era necesario para mantener la pared en buenas condiciones, ¿quitarlo fue “objetivamente razonable”?

Dreamland dijo que si el mural no hubiera sido desprendido de la pared (en lugar de ser tapado con una capa de pintura o directamente borrado), aquella se habría convertido en una especie de “santuario” de los seguidores de Banksy y atraería más pintarrajeadas.

Pero dijo algo más importante aún: al retirar el mural, *éste pasó a ser de su propiedad*.

El juez no quedó convencido: “Dreamland no podía, razonablemente, entender que tenía derecho a considerarse dueño del mural”. Para hacer una cosa semejante, tendría que haber existido una cláusula (al menos implícita) que estableciera qué destino debía darse a las partes del inmueble (estructurales, decorativas o simplemente adheridas a él) que deben ser retiradas por el locatario cuando está legalmente obligado a repararlo.

El juez entendió que el mural había sido incorporado al inmueble; *es decir, se había convertido en parte de la propiedad del locador*. (En la Argentina la solución es idéntica: un mural pasa a ser un *inmueble por accesión*).

Una vez retirado, pasó a ser una cosa mueble. *Pero no existía una cláusula en el contrato que convirtiera al mural (o a cualquier otra parte del edificio retirada en cumplimiento de la obligación de mantenerlo en buen estado) en propiedad del locatario*. (El derecho argentino tampoco dice nada al respecto).

El juez dio cuatro razones para llegar a esa conclusión: en primer lugar, todas las partes del bien locado pertenecen al propietario. El locatario tendría que demostrar la existencia de una disposición legal o contractual que disponga lo contrario.

En segundo lugar, el hecho de que el locatario tenga la obligación de efectuar reparaciones sobre el inmueble no implica que adquiera la propiedad de las partes que lo integran, sino que sólo tiene la obligación de retirarlas y destruirlas. (Debemos confesar que aquí el razonamiento del juez podría ser objetable, *porque quien puede lo más –destruir algo– sin duda puede lo menos –quedárselo–*).

El tercer argumento del juez fue que, aun cuando pudiera pensarse que el locatario tenía derecho a apropiarse de los escombros o residuos resultantes de las tareas de reparación cuando su valor es mínimo, *no se puede aplicar ese principio con respecto a las cosas removidas del inmueble cuando tienen un valor significativo*.

Finalmente, el juez entendió que si el incremento del valor de un inmueble se atribuye a las acciones espontáneas de un tercero –debe recordarse que

Banksy “pinta” sin permiso— es el propietario quien tiene mejor derecho que el inquilino al posible mayor valor del inmueble.

Por consiguiente, el juez ordenó al locatario a devolver “Art buff” a la fundación. Ésta lo exhibe en estos momentos en Folkestone (desde el 18 de septiembre al 8 de noviembre) y ha hecho pintar soportes similares al representado en el mural (en términos arquitectónicos, un plinto) para inspirar a los visitantes a colocar sobre ellos sus obras de arte creadas durante la pandemia.

¿Cuál habría sido la solución bajo el derecho argentino?

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la pintura de Banksy apareció en septiembre de 2014 y que la sentencia fue dictada el 11 de septiembre de 2015 (apenas un año después del hecho). En la Argentina este pleito habría llevado años... *La justicia lenta no es justicia*.

En segundo lugar, las normas argentinas, al igual que la jurisprudencia inglesa, contemplan la obligación del locatario de efectuar reparaciones en el inmueble locado, pero tampoco contienen disposiciones acerca de qué ocurre con los escombros o residuos producto de las reparaciones. Pero parecería razonable considerar (como lo hizo el juez inglés) que una cosa son los escombros o residuos de poca monta y otra, muy distinta, un objeto de enorme valor (artístico o económico).

Pero quizás haya que plantearse una pregunta previa: la aparición del mural ¿era algo que por su naturaleza debía ser causa de la *reparación* del inmueble?

No debemos olvidar que el nuevo Código Civil y Comercial otorga un papel preponderante a la buena fe. ¿Ésta no se habría visto satisfecha *si el locatario hubiera consultado con el propietario del inmueble el destino a dar al mural*?

También es cierto que el locatario tiene derecho a que el inmueble sea apto para el destino para el que se lo contrató. Para poder remover el mural, *debería probarse que su existencia afectaba el destino del inmueble*. De lo contrario, creemos que sería muy difícil para el inquilino ganar un pleito semejante en la Argentina si el demandante hubiera probado que la supuesta “reparación” del inmueble no fue más que una excusa para apoderarse de una obra de arte.

Banksy, una vez más, suma a sus innegables méritos artísticos el papel protagonista en una nueva contienda legal⁴ que pone sobre el tapete cuestiones nunca antes discutidas o desafía principios jurídicos que parecían estar afirmados desde siempre. El Filosofito, que nos lee en borrador, nos pregunta: “¿Y no es ese, acaso, el trabajo de los artistas?”

4. Véase “Copyright is for losers”, Dos minutos de doctrina, XV:794, 9 de abril de 2019.

Arte y Derecho: el difícil caso de los catálogos razonados

*Un pleito expone los intereses que se mueven detrás del lucrativo mercado de las atribuciones de las obras de arte*¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

A pesar de su apellido, Marc Restellini es francés. Es un reconocido crítico e historiador del arte. Tiene 65 años, de los cuales ha pasado más de treinta estudiando la vida y la obra del pintor Amedeo Modigliani (1884–1920).

El 9 de junio de 2020, ante un tribunal neoyorquino, Marc demandó al Wildenstein Plattner Institute (“WPI”)², con el argumento de que este último copió y planea divulgar sin su permiso, el resultado de sus investigaciones sobre aquel artista, que le permitieron concebir el más autorizado catálogo razonado de la obra de Modigliani, que Restellini pensaba publicar en 2021.

La batalla legal entre Restellini y WPI expone, de modo bastante crudo, las rivalidades que existen en el lucrativo campo de los catálogos razonados y detrás de la atribución de una obra de arte a un artista determinado.

Un catálogo razonado (llamado corrientemente “catalogue raisonné” por su nombre en francés) es un trabajo técnico que proporciona el título, las

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 13 de octubre de 2020. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).
2. *Restellini v. The Wildenstein Plattner Institute, Inc.* (1:20-cv-04388) District Court, S.D. New York, 9 de junio 2020.

características, la fecha de creación, técnica, tamaño, formato, soporte e historial de cada una de las obras realizadas por un artista en particular.

Para una obra de arte, estar incluida en el catálogo razonado de su autor implica el reconocimiento expreso de su autenticidad e indirectamente, de su cotización en el mercado. A la inversa, la no inclusión (o, peor aún, la exclusión expresa) de una obra determinada del catálogo razonado de su supuesto autor es condenarla a la marginación eterna.

El catálogo razonado de Modigliani, según Restellini, incluye una gran cantidad de información y datos originales recogidos durante su larga investigación.

Según dice el autor, en 1997, el entonces Instituto Wildenstein, con sede en París –y que como veremos más adelante, ha sido partícipe de varias contiendas judiciales sobre cuestiones vinculadas a estos catálogos, además de fraude fiscal y lavado de dinero– le ofreció “ayuda logística” para completar su tarea. Entre otras cosas, le permitió acceso a su biblioteca, un lugar para trabajar y espacio para guardar sus herramientas y útiles de estudio.

En su demanda, Restellini dijo que nunca tuvo dudas acerca de que, más allá de esa ayuda, él sería el único autor del catálogo y el titular de los derechos intelectuales sobre sus conclusiones. Pero en algún momento descubrió que el Instituto Wildenstein, sin su permiso, transfería gran parte de su investigación sobre Modigliani a WPI, una empresa creada en 2016 por aquella entidad en asociación con Hasso Plattner, un empresario y coleccionista.

La cosa se complicó cuando Restellini descubrió, además, que WPI había hecho copias de su catálogo, las había hecho públicas y pensaba continuar con su distribución *on-line*, sin su permiso y, lo que es peor, gratis: “bajo el argumento de ser una entidad sin fines de lucro, WPI intenta hacer suyo el trabajo de toda la vida de Restellini, sin compensación ni atribución”.

Por eso, en su demanda, el crítico pretende impedir la difusión de “su” catálogo por WPI y que esta institución destruya todas sus copias digitales.

El 14 de agosto pasado, en su respuesta al reclamo de Restellini, WPI lo contrademandó, por violación de derechos intelectuales, apropiación ilícita y publicidad engañosa, por lo que reclama los correspondientes daños y perjuicios y parte de las ganancias hechas por Restellini. Además, exige que se prohíba a Restellini usar la documentación e información relativa a Modigliani o atribuirse su propiedad.

Según WPI, durante su proceso de investigación, aquél fue empleado del Instituto Wildenstein (que en 2017 transfirió sus archivos, incluyendo toda la documentación sobre Modigliani, a WPI en 2017).

“La demanda” ha dicho WPI “no es más que un esfuerzo tardío y doloso [de Restellini] de apropiarse de una investigación hecha por terceros y de información sobre Modigliani que no le pertenece. *Restellini pretende crear un monopolio sobre la información histórica relativa a Modigliani para maximizar sus propios beneficios.*”

WPI le atribuye a Restellini intentar impedir que el acceso a la información sobre Modigliani sea público, para así poder cobrar “lo que se le ocurra” a quienes deseen consultarla y sostiene que, por el contrario, su objetivo es el de difundir al máximo la información histórica disponible en beneficio de los investigadores.

Según WPI el propio Restellini reconoció siete años atrás que no era el único propietario de los textos y de los derechos intelectuales sobre éstos, al extremo de que entre 2013 y 2015 pretendió adquirirlos. Por lo tanto, agrega WPI, Restellini siempre supo que la documentación y los derechos intelectuales no le pertenecían y pretende ahora minimizar y negar la contribución hecha por el Instituto Wildenstein y el trabajo de investigación, selección y creación de su personal.

Restellini “se ha aprovechado y continúa aprovechándose de toda la información sobre Modigliani de propiedad de WPI, al extremo de cobrar alrededor de treinta mil euros cada consulta técnica sobre obras de ese artista”. Más aún: según WPI, el sitio web de Restellini indica que el Instituto Wildenstein le transfirió la propiedad sobre el catálogo razonado en 2015, “lo que es falso y engañoso”.

Como dijimos al principio, la inclusión o exclusión de una obra de arte en un determinado catálogo razonado puede significar su consagración o su desgracia. De allí la importancia y trascendencia que un texto semejante puede adquirir. A su vez, éstas estarán respaldadas por la autoridad, conocimientos y credenciales técnicas y académicas del autor del catálogo.

Esto ha dado lugar a numerosas cuestiones judiciales y a interesantes debates académicos acerca de la responsabilidad de los autores de estos catálogos³.

La conclusión general, tanto de las sentencias judiciales como de los trabajos académicos es que el autor de un catálogo razonado tiene *plena libertad* para incluir o excluir de él lo que le parece adecuado.

En otras palabras, se reconoce el derecho del autor de un catálogo razonado a presentar las obras de un artista determinado tal como él lo cree razonable,

3. Entre otros, véase Giraud, Jessica, *Catalogues raisonnés, entre responsabilité et pouvoir déraisonnable des auteurs*, <http://artyparade.com/news/19>; Pierrat, Emmanuel, *Catalogue raisonné*, publicado en marzo de 2014 en su blog; Estudio UGGC, París, *La Liberté d'expression de l'auteur du catalogue raisonné d'un artiste confirmée*.

en virtud de la libertad de expresión de las ideas y los pensamientos. De allí que el autor de un catálogo puede elegir libremente no incluir ciertas obras.

Sin embargo, en algunas ocasiones se dijo que ese derecho tenía cierto límite: la elección sobre cuáles obras incluir y cuáles no es libre salvo en caso de culpa⁴.

Para más precisión, varias veces se decidió (particularmente en casos planteados en Francia contra el Instituto Wildenstein) que “no obstante la libertad del autor de presentar en un catálogo, según su opinión, las obras de un artista, es responsable por culpa en el ejercicio de su misión si se demuestra que su decisión de excluir tal o cual obra resulta de una negligencia grave, incluso intencional, en despecho de opiniones emanadas de personas calificadas y reconocidas, al punto de incluir en su obra información no sólo incompleta sino también parcial”⁵.

Esa posición (confirmada más tarde por otra sentencia en otro asunto vinculado con Wildenstein⁶), durante un tiempo hizo temer que los jueces pudieran atribuirse el poder de obligar al autor de un catálogo razonado a incluir en él una obra en contra de su opinión, una vez que fuera autenticada por un perito judicial. En otras palabras, se sustituía la opinión del experto especializado por la de peritos de parte.

Pero la jurisprudencia cambió. La Cámara de Apelaciones de Versalles se expidió claramente en contrario a los fallos anteriores (dictados todos en París), considerando que “no podía obligarse a un experto a decir si una obra debía o no ser incluida en el catálogo razonado de un pintor” (en el caso, Vlamínck) en virtud del principio constitucional de la libertad de expresión.

Dijo ese tribunal que “los catálogos razonados hechos por especialistas en un artista determinado no están regidos por ley alguna y su autoridad, muchas veces determinante sobre el mercado del arte, no está sujeta más que a la capacidad que se le reconozca a su autor. Éste se beneficia, en consecuencia, de una total libertad de expresión y de opinión. En particular, y aun cuando la palabra ‘catálogo’ transmita la idea de una enumeración exhaustiva, siempre se ha admitido que el autor de un catálogo razonado tiene libertad total para seleccionar las obras que lo integran en función de su opinión sobre su autenticidad o sus cualidades”.

Un fallo similar se dictó también en París en 2015 en un caso sobre la inclusión de un Monet en el catálogo razonado que lleva Wildenstein sobre ese artista.

4. Cámara de Apelaciones de París (2 febrero 2007).

5. Tribunal de Grande Instance de Paris, 16 de septiembre de 1999.

6. Corte de Apelaciones de París, 19 de abril del 2000.

Un comentarista señaló: “Con un giro de 180 grados, la Corte finalmente ha sacrificado el imperativo de objetividad sobre el altar de la libertad de expresión. Según su fallo, ésta no puede verse limitada más que por una ley especial. La responsabilidad civil bajo el derecho común parece ahora haber sido definitivamente descartada como alternativa para declarar responsable al autor de un catálogo razonado. Así, en ausencia de un texto legal para regular la redacción de los catálogos razonados, sus autores son libres para hacer figurar en ellos las obras de su elección”.

“En definitiva, en el estado actual del derecho, no se ha dictado ninguna decisión judicial emanada de la Corte de Casación (Corte Suprema) que considere responsables a los autores de catálogos razonados o que los obligue a subordinarse a la opinión de los peritos judiciales” dice Giraud.

La Corte de Casación en 2005 ya había anulado una sentencia de segunda instancia que había condenado al autor del catálogo razonado del artista Jean Michel Atlan (1913–1960) por haber conscientemente omitido una obra que juzgaba dudosa. La Corte consideró que el autor (Jacques Polieri) no había cometido falta alguna, al no haberse probado ni mala fe ni ligereza culpable.

Esto confirma de modo implícito la solución dada por los jueces que rechazan imponer al autor de un catálogo razonado la obligación de ser exhaustivo.

Debe tenerse en cuenta que el pleito de Restellini ante los tribunales de Nueva York, no versa sobre su derecho a incluir o excluir una obra de su catálogo razonado sino acerca de la propiedad intelectual sobre el contenido del catálogo, cuestión sustancialmente distinta.

Sin embargo, algo de eso hay también: así como las investigaciones de Restellini contenidas en su catálogo incorporarían 80 Modiglianis más a la lista de los ya reconocidos como auténticos, al mismo tiempo excluirían otros quince, al poner en duda su autenticidad. Sus propietarios son importantes coleccionistas internacionales que pagaron por ellos sumas varias veces millonarias. También Restellini propone modificar las fechas de realización de casi el 50% de las obras listadas en los catálogos preexistentes.

En este sentido, el nuevo catálogo razonado competirá con el de Gualtierio di San Lazzaro, de 1951, y, sobre todo, con el de Ambrogio Ceroni, publicado en 1958 y cuya última actualización data de 1970 (y al que Restellini trata de “erróneo”). Tratándose de Modigliani, un artista cuya obra ha sufrido muchas falsificaciones y es de alto precio, pasar a ser la autoridad más respetada a su respecto no sería un logro menor para Restellini.

Uno de los Modiglianis que, según éste, debería ser considerado falso sería el “Retrato del Conde Wielhorski”, de 1916, al que Ceroni, por el contrario, consideró auténtico.

También las descripciones de algunas pinturas y el modo en el que Restellini las menciona en su catálogo parece que generarían conflictos. Efectivamente, según la prensa⁷, su catálogo menciona que “Retrato de Beatrice Hastings sentada”, una obra de Modigliani de 1915 sufrió importantes retoques, modificaciones y repintadas en años recientes, y, sin embargo, en varias ventas posteriores ocurridas en 1997 y 2019 (la última de las cuales reportó cinco millones de dólares al vendedor), la casa de subastas interviniente no sólo *omitió mencionarlos* sino que describió la obra como “enteramente de la mano de Modigliani”. Restellini sostiene que sus duros comentarios acerca de la falta de una descripción adecuada y precisa de la obra están debidamente documentados.

Sus referencias detalladas a nuevas obras, a otras consideradas falsas y a retoques y modificaciones no sólo pondrían en problemas a coleccionistas y a casas de subastas sino que también darían a su catálogo suficiente entidad y relevancia como para convertirlo en el más acreditado y preciso a la hora de analizar la obra de Modigliani, al demostrar que incluye más datos científicos que los anteriores.

De allí que, para Restellini, ver opacado su nuevo catálogo antes de que se publique por una versión *on-line* (y, para colmo, gratuita) ofrecida por Wildenstein sería una pésima noticia.

Restellini subraya en su demanda que sus opiniones acerca de qué obras deben ser incluidas o excluidas del catálogo “se apoyan en un extenso análisis científico y en una investigación profunda que incluye materiales de archivos nunca antes consultados”.

Según Restellini, WPI intenta publicar su propio catálogo *on-line* antes de que él pueda publicar el suyo y que el propósito de la contra-demanda no es otro que el de “secuestrar” toda la información obtenida durante la investigación, en violación de sus derechos intelectuales, haciendo pasar como propio el trabajo efectuado por Restellini, sin compensación ni atribución alguna.

Es por eso que, como dijimos, la demanda exige que se impida la publicación del catálogo por WPI y que se destruyan sus copias digitales. ¿Lo logrará?

7. Brady, Anna, “Status of \$4.8m Modigliani painting challenged as legal battle over artist’s catalogues raisonnés ramps up”, *The Art Newspaper*, 3 de septiembre 2020.

Banksy y el perpetuo combate

El título intenta describir el desafío constante al que las reglas del mercado del arte y del derecho se ven sometidas por Banksy. Pero ahora alguien desafía al artista¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

En 2005, en una pared en Jerusalén, Banksy –un prodigioso artista plástico cuya identidad es secreta– estampó “El tiraflores”, un estencil que pronto se hizo famoso en el mundo entero. Gracias a la capacidad de su autor para reflejar con humor o dramatismo y describir satíricamente el espíritu del mundo que nos rodea, el mural casi se ha convertido en un ícono.

En 2006, Banksy reprodujo “El tiraflores” en la tapa de su libro *Wall and Piece*² –cuyo título inmediatamente se asocia con *War and Peace* (el nombre en inglés de Guerra y paz, la novela de Leo Tolstoi)–. En ese texto, Banksy se despachó a gusto contra los aspectos legales del arte que considera deleznable (como el derecho de autor, por ejemplo). Allí incluyó su famosa frase “Copyright is for losers” (“Los derechos de autor son para los perdedores”)³, parte de su famoso credo en contra del capitalismo y sus reglas.

Banksy entiende que, al “regalar” su arte (fijándolo y exhibiéndolo gratuitamente en lugares públicos) ya tiene asegurada suficiente protección como

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 27 de octubre de 2020. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).
2. Banksy, *Wall and Piece*, Random House UK, 2006; Century, 2007; 192 págs. (ISBN 9781844137879).
3. Véase “Copyright is for losers”, *Dos minutos de doctrina* XVI:793, 9 de abril de 2019.

para evitar copias, reproducciones no autorizadas y la comercialización de su obra por terceros en beneficio propio.

Pero las cosas funcionan de otro modo. Pretender todo aquello y, al mismo tiempo, mantener el anonimato está demostrando ser imposible. Como las leyes de marcas son casi idénticas, esto que sucedió en Europa también podría pasar en la Argentina.

El 14 de septiembre pasado⁴, la Oficina de la Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO, en inglés) dio de baja el registro de “El tiraflores” *como marca*, con el argumento de que había sido obtenido de *mala fe*, porque Banksy nunca tuvo la intención de usar ese diseño como marca. (Tanto la ley europea como la argentina exigen que las marcas sean usadas. El registro por el registro mismo no está permitido).

Según la EUIPO, Banksy pretendió usar las leyes de marcas para impedir la copia y comercialización de sus obras de arte por terceros *porque su deseo de permanecer anónimo le impide inscribirlas como propiedad intelectual*.

Nos explicamos: una cosa es un derecho intelectual, que protege las creaciones del espíritu (novelas y poesías, sinfonías y cumbias villeras, dibujos y esculturas) para evitar su uso y reproducción no autorizadas. Otra cosa, muy distinta, es una marca (“un signo distintivo usado en la comercialización de un producto, en la prestación de un servicio o como parte de la designación de una actividad”). Una marca puede consistir en un dibujo, emblema, una o más palabras, combinaciones de colores, envases, etc.

El derecho de Astor Piazzolla sobre “Adiós Nonino” o el de José Hernández sobre “El regreso de Martín Fierro” son *derechos intelectuales*; el derecho de los fabricantes de una bebida gasificada a llamarla “Coca-Cola” o de calzado deportivo para identificarlo con tres tiras es un derecho marcario.

Hay varias diferencias entre ambos tipos de derechos; para no entrar en sutilezas baste decir que los derechos intelectuales caducan en general a los setenta años de la muerte del respectivo creador, mientras que los derechos sobre una marca son permanentes, *en la medida que se la use*.

Banksy ha dicho que descrece de los derechos intelectuales (propios del capitalismo) porque quiere que los que corresponden a su obra puedan ser disfrutados universalmente. Pero al dejarlos sin protección, no puede evitar, como dijimos, que su obra sea copiada, comercializada o reproducida ilegalmente.

4. In re “Full Colour Black Limited v. Pest Control Office Limited”, Cancellation Division, European Union Intellectual Property Office, Cancellation N.º 33 843 C, 14 septiembre 2020.

Para impedirlo, debería inscribir *a su nombre* los derechos intelectuales sobre su creación. Y ése es, precisamente, el punto: *no quiere que su nombre sea conocido*. La palabra “Banksy” es un seudónimo.

Hace ya unos años Banksy debió hacer una primera concesión al capitalismo, al crear una sociedad comercial (Pest Control Office Ltd) para vender reproducciones autorizadas de su obra. (De lo contrario, el negocio lo hacían otros). El nombre de la sociedad (“Control de Plagas”) lo dice todo.

Una segunda concesión (hasta cierto punto tramposa, como veremos) ocurrió en febrero de 2014, cuando pidió el registro de “El tiraflores” como marca para evitar el uso no autorizado del dibujo, luego de muchos años de ser reproducido al cansancio, masiva y libremente.

Pero en 2019, Full Colour Black LLC (“FCB”), una empresa inglesa fabricante de reproducciones de obras de arte callejero y tarjetas de salutación cuestionó el registro, *con el argumento de que ni Banksy ni Pest Control Office habían vendido jamás producto alguno con esa marca*.

Ante el cuestionamiento de FCB, en octubre de 2019 Banksy abrió un local comercial (llamado “Gross Domestic Product”, que podría traducirse tanto como “Producto Interno Bruto” –una noción cara a los economistas– como “Producto Casero y Ordinario”) para desmentir la falta de uso de la marca, pero la EUIPO opinó que los productos vendidos allí lo fueron al solo efecto de no perder el registro. En apoyo de su posición, la EUIPO citó al propio Banksy que, al inaugurar el local, anunció que éste no estaría abierto al público: los clientes podrían elegir los productos expuestos en sus vidrieras (o escaparates, como se dice en España) y luego hacer sus compras *on line*, una vez que se comprobara que la operación no estaba destinada a la reventa. (La inauguración del negocio fue también anunciada por Banksy como “la menos poética de las razones para abrir una galería de arte”).

En su decisión, la EUIPO hizo una referencia velada al desdén de Banksy por los derechos de propiedad intelectual, pero dejó en claro que, al pedir el registro de “El tiraflores” como marca, Banksy intentó proteger su obra ante la imposibilidad de registrar sus derechos intelectuales sobre ella dado su deseo de mantener el anonimato.

Dijo la EUIPO “Banksy ha elegido permanecer anónimo y dedicarse básicamente a pintar *graffiti* sobre bienes de terceros sin su permiso, en lugar de hacerlo sobre lienzos o bienes propios. También ha elegido ser muy claro acerca de su desdén por los derechos de propiedad intelectual, aunque, claramente, su aversión a éstos no anula ningún derecho válidamente adquirido sobre marcas u obras del intelecto. Otro factor digno de consideración es que no puede ser identificado como propietario incuestionable de esas obras

porque su identidad permanece oculta. Tampoco puede establecerse, incuestionablemente, que un artista tenga derechos sobre un *graffiti*. La marca en cuestión fue registrada para que Banksy pudiera tener algún derecho sobre ese diseño ya que no podía tener derechos de autor sobre él, *pero ése no es el propósito de una marca*. El registro de una marca no puede ser usado para establecer derechos que quizás no existen o no existen en cabeza de quien dice ser su propietario”. Las intenciones de Banksy “fueron las de esquivar la ley y esas intenciones son incompatibles con la honestidad”.

La decisión plantea algunos interrogantes: la EUIPO dijo no estar segura de si la obra de Banksy, constituida por *graffiti* sobre paredes y muros sin permiso del propietario merece protección bajo los derechos de autor. Según varios precedentes estadounidenses (y, en nuestra opinión, bajo el derecho argentino también) los derechos intelectuales nacen aun a través de la comisión de un acto ilícito.

Otra pregunta se plantea acerca del resto de la obra de Banksy: FCB cuestionó seis otras marcas registradas por Pest Control. ¿Serán también anuladas? Y la última: los registros en la Unión Europea fueron la base para inscribir esas marcas en los Estados Unidos. ¿Caerán éstas también?

El otro desafío que enfrenta Banksy ha sido planteado por un *bot* que dibuja como él. (En otros términos, por un programa informático basado en la inteligencia artificial que efectúa tareas repetitivas –como la repetición de diseños o pinceladas o la producción de imágenes– sin intervención humana).

En efecto, en Inglaterra se ha anunciado la puesta a la venta de más de doscientos dibujos y diseños que *parecen* obras de Banksy, *pero no lo son*: han sido producidos por un software llamado GANsky, creado por un tal Matt Round y programado para crear obras (¿de arte?) que *se parecen* “a las de cierto artista urbano”, según dice la publicidad.

Dada la notable *similitud* (pero no absoluta *identidad*) entre las obras generadas por la inteligencia artificial y las del *verdadero* Banksy es claro a quién se trata de imitar (o del prestigio de quién se intenta sacar provecho).

Las imágenes fueron creadas por GANsky por medio de un programa que, sobre la base de algoritmos, “aprendió” a dibujar y generar imágenes similares a las de Banksy luego de analizar durante muchas horas la textura, temática y estructura de cientos de obras auténticas.

Obviamente, para evitar problemas legales (pero... ¿los tendría dada la falta de protección existente sobre las obras de Banksy?) Matt Round –o su programa de computación– no han *copiado* ninguna obra preexistente.

El autor del programa reconoce que la inteligencia artificial no llega a comprender el significado de los temas u objetos representados en las obras originales, pero ahora es capaz de aplicar las técnicas aprendidas (estas sí, tomadas de Banksy) sobre nuevos motivos creados por sí misma. ¿Podrá también la inteligencia artificial elegir, como lo hace Banksy, el lugar donde emplazar sus obras, algo que el artista ha hecho siempre con notable agudeza y sentido de la oportunidad?

Las más de doscientas obras creadas por GANsky están ahora a la venta. Pero no imaginemos una tela que luego enmarcaremos de acuerdo con el estilo de nuestro *living room*. No: el vendedor entrega un archivo digital que luego permitirá descargar la obra elegida en el formato y sobre el soporte deseados.

Se trata de otra batalla del perpetuo combate de Banksy, siempre en conflicto contra los límites del arte. Sólo que esta vez no será él el protagonista sino la posible víctima. El artista, si así lo desea, deberá cuestionar esta nueva técnica. Las obras, por supuesto, no se hacen pasar por originales de Banksy. Tampoco son copias en el sentido estricto del término.

Aunque, en rigor, no hay nada nuevo bajo el sol: en efecto, muchos de los grandes maestros tuvieron alumnos y copistas que pintaban “a la manera de”. Sólo que en este caso, el lugar del alumno o copista ha sido ocupado por un programa de computación. Estará en el gusto de cada uno admirar o repudiar una obra cuyo grado de originalidad puede ser dudoso y detrás de la cual no hubo un ser humano sino una máquina. Las “creaciones” de GANsky suman nuevos elementos al debate que la crítica y el derecho del arte mantienen abierto acerca de conceptos tales como autoría, originalidad y proceso creativo.

Arte y Derecho: final del conflicto entre “los dueños del aerosol” y “el dueño de la pared” en Nueva York. ¿Y en la Argentina?

En el debate entre artistas callejeros y el propietario de un inmueble que aquéllos ilustraron con sus obras, los tribunales neoyorquinos dieron la razón a los primeros¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

En febrero de 2018 llamamos la atención sobre una decisión judicial de primera instancia en los Estados Unidos que ordenó pagar una enorme indemnización a varios artistas callejeros cuyas obras fueron destruidas por “el dueño de la pared” donde aquellas estaban pintadas². (Cabe aclarar, desde el principio, que en este caso, a diferencia de la mayoría de las situaciones similares que se plantean con frecuencia, *los artistas tenían permiso del dueño de la propiedad para pintar las paredes del inmueble*).

En marzo de este año volvimos sobre el tema³, cuando la Cámara de Apelaciones, por unanimidad, confirmó esa sentencia⁴. Por primera vez, se admitió

1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 10 de noviembre de 2020. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).
2. “Grafiteros de Nueva York”, *Dos Minutos de Doctrina*, XVI:728, 23 de febrero de 2018.
3. “Revolución en el mundo del arte”, *Dos Minutos de Doctrina* XVII:851, 6 de marzo de 2020.
4. In re “Castillo *et al.* v. G&M Realty L. P. *et al.*”, United States Court of Appeals for the Second Circuit, N.º 18-498-cv (L) y 18-538-cv (CON), 20 de febrero de 2020.

que (1) *el arte callejero tiene ‘reconocida jerarquía’* y (2) *su carácter efímero no le quita esa característica*. (Estos dos datos son suficientes para que, bajo la ley estadounidense, los respectivos artistas tengan *derechos morales* sobre sus obras y, por lo tanto, puedan oponerse a su destrucción. En la Argentina el criterio de la ley es mucho más amplio, *por lo que los artistas gozan de mayor protección que en los Estados Unidos*).

Por lo tanto, la Cámara también confirmó la millonaria indemnización otorgada a los artistas.

Nuestro segundo comentario sobre la cuestión (el de marzo) terminaba con una pregunta: ¿qué pasaría en caso de que Wolkoff apelara ante la Corte Suprema de los Estados Unidos?

En ese momento pensamos que era dudoso que el más alto tribunal estadounidense mantuviera el alto grado de protección otorgado a los artistas frente a las pretensiones del propietario, por lo que consideramos probable que la indemnización fuera dejada sin efecto.

Por suerte, nos equivocamos.

Ahora, en este tercer –y seguramente último– comentario sobre el tema, contamos el final de esta historia: el 6 de octubre pasado, la Corte Suprema de los Estados Unidos no admitió la apelación del propietario del inmueble, por lo que los principios consagrados por la sentencia y la indemnización otorgada a los artistas quedó firme.

De este modo, G&M Realty, la propietaria del edificio abandonado que los artistas callejeros convirtieron en una inmensa galería de arte (una obra pictórica en sí misma) deberá pagar más de seis millones de dólares como indemnización por haber destruido los murales sin permiso.

La decisión no sólo fue sorprendente por el enorme monto de la indemnización sino también por su trascendencia como precedente judicial, al reflejar una creciente revalorización estética y jurídica del arte callejero.

Vayamos por partes: en casi todo el mundo (o por lo menos entre los países firmantes del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, entre los que se cuenta la Argentina), los artistas tienen derecho “a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación” de sus obras de arte “o a cualquier atentado a las mismas que cause perjuicio a su honor o reputación”.

A estos derechos se los llama “derechos morales” y son básicamente dos: el derecho a la atribución (por el cual todo artista tiene derecho a ser identificado como autor de su obra y a rechazar la atribución de obras ajenas) y a la integridad, según el cual el artista tiene derecho a que su obra, *aun si es propiedad de un tercero*, no sea mutilada, destruida o distorsionada.

En los Estados Unidos, donde siempre hubo reservas contra todo aquello que pueda parecer una limitación a la propiedad privada, otorgar a un artista el derecho a impedir que alguien maltrate una de sus obras de arte *aunque sea de propiedad de un tercero* es casi herético. (Atención: dijimos “una obra *propiedad* de un tercero”, no *pintada* por un tercero: un mural, en principio, *pertenece al dueño de la pared sobre el que está pintado*).

A raíz de la defensa estricta del derecho de propiedad, los derechos morales de los artistas en los Estados Unidos tuvieron un reconocimiento tardío y, hasta cierto punto, más limitado que en el resto del mundo.

Mientras que en la Argentina, por ejemplo, las limitaciones para el ejercicio de los derechos morales son prácticamente inexistentes (salvo por su desconocimiento por los propios artistas) la ley estadounidense exige requisitos sustanciales⁵.

El ejercicio del derecho a la integridad, según la norma respectiva (la “Visual Arts Rights Act” de 1990⁶, llamada generalmente VARA) requiere que la destrucción afecte *el honor o la reputación del artista* (un recaudo casi idéntico al que se exige en la Argentina) pero, además, que la obra en cuestión sea *de reconocida jerarquía*. (Así nos gusta traducir el texto original inglés que dice “recognized stature”).

Lamentablemente, VARA no explica qué debe entenderse por *reconocida jerarquía*. Es por eso que la ley argentina, que no tiene esa exigencia, podría eventualmente ser usada para proteger no una obra de arte sino cualquier tipo de engendro que se quisiera hacer pasar por tal.

Repasemos los hechos brevemente: desde 2002 y durante veinte años, *con permiso del propietario*, decenas de artistas callejeros usaron unos edificios abandonados en Nueva York (un complejo llamado 5Pointz) para estampar en ellos, sucesivamente, pinturas murales de todo tipo. Eran de tan alta calidad que el valor de las propiedades en el barrio aumentó considerablemente y el lugar (“la meca del graffiti”) se convirtió en una atracción turística. Un buen día Gerald Wolkoff, el propietario, decidió demoler la edificación existente y construir allí departamentos de gran valor. Los artistas se opusieron y en 2013 pidieron una medida cautelar. Mientras ésta estaba en trámite, Wolkoff, en una sola noche, destruyó cuarenta y nueve murales. En primera instancia se le ordenó indemnizar a los artistas. La suma incluyó una especie de multa a Wolkoff por haber destruido las pinturas a sabiendas y consciente de que había un trámite judicial pendiente.

5. Negri, Juan Javier, “El dilema de Landet: ensayo sobre la destrucción y mutilación de la obra de arte y sus aspectos jurídicos”, Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2015, Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2015, pp. 111 y ss.

6. 17 U.S.C. § 106A.

La apelación de Wolkoff se basó, básicamente, en que las obras no tenían *reconocida jerarquía* y que los artistas siempre supieron que 5Pointz sería demolido.

El tribunal de segunda instancia recordó cómo el concepto de *obra de arte de reconocida jerarquía* ha sido interpretado desde la sanción de VARA hasta su actual formulación: “la jerarquía, el estatus o el calibre de una obra de arte son *reconocidos* cuando ésta es aceptada como tal por un grupo significativo, integrado generalmente por la comunidad artística en la que se incluyen historiadores del arte, críticos, curadores de museos, galeristas, artistas prominentes y otros expertos”.

El tribunal dijo incluso que la *reconocida jerarquía* es un concepto elástico, por lo que aún una obra de escaso valor pero realizada por un artista reconocido merece protección legal; puso, como ejemplo, la destrucción de cualquier obra de Monet, por mala que sea, siempre acarreará consecuencias legales.

La carga de la prueba acerca de la *reconocida jerarquía* de una obra de arte, pesa, por supuesto, sobre quien la alega. La Cámara dijo que, para demostrar su existencia, puede apelarse al testimonio de peritos (o aun de legos que sean capaces de identificar una obra de arte en particular gracias a su alto valor icónico).

Los jueces agregaron que la jerarquía de una obra de arte puede demostrarse *aún después de que haya sido destruida*.

Sentaron también otros dos principios valiosos: el primero, que un artista cuya valía ha sido reconocida por otros artistas, curadores o críticos es más susceptible de crear una obra de arte de reconocida jerarquía que otro que jamás fue identificado como tal. El segundo es que *aunque sea efímera*, una obra de arte de reconocida jerarquía merece protección legal, porque *las leyes no exigen que las obras de arte cuya destrucción se pretende impedir sean de naturaleza permanente*. Pero sin duda, la regla más importante que se reitera en este caso es que *el propietario de una obra de arte no la puede destruir sin acuerdo con el artista*.

Todos estos principios ahora han quedado firmes a raíz del rechazo de la apelación de Wolkoff.

¿Y por casa cómo andamos? ¿Afecta esto la situación del arte callejero en la Argentina? Creemos que sí.

Tanto la ley estadounidense como la argentina protegen los derechos de los artistas a la atribución y a la integridad, pero nuestras reglas *no exigen nada con respecto a la calidad intrínseca de la obra de arte que se quiere defender*. Por lo tanto, si la ley argentina es más flexible que la estadounidense, y ésta reconoce la protección que merece el arte callejero, *nuestros jueces deberían también*

protegerlo, aun frente al propietario del inmueble, porque estamos hablando de la misma cosa.

Si se planteara en la Argentina un pedido de protección por pintores callejeros *autorizados*, no creemos que los jueces deban convertirse en críticos de arte para “salvar” la buena pintura y condenar a la pintura “mala”, ni que tampoco deban proteger cualquier cosa. Sólo bastará verificar que se cumple una exigencia que contempla la ley argentina: que la destrucción de la obra de arte *afecte el honor o la reputación del artista*. ¿Acaso no hay obras de arte cuya mera existencia (no ya su destrucción) afectan la reputación de su autor?

En casi todo el mundo, cuando la obra de arte callejero se realiza *con el consentimiento del propietario* del soporte (una pared, una puerta, un muro, una superficie horizontal, etc.) la propiedad de la obra recae sobre el dueño de aquél.

En la Argentina y en todos los países de derecho continental, eso ocurre por el reconocimiento de la existencia de los llamados *inmuebles por accesión*: esto es, “las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo con carácter perdurable. En ese caso forman un todo con el inmueble *y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario...*”.

Otro problema, muy distinto, es el relativo al alcance de los posibles derechos de los artistas clandestinos. *Esta cuestión aún no ha sido resuelta de modo definitivo.*

No debe olvidarse que en el caso de 5Pointz, *los murales estaban autorizados*.

Arte y Derecho: el destino de una gran colección

Ante la desaparición de cualquier gran coleccionista, el destino de sus obras de arte suele generar interrogantes¹

JUAN JAVIER NEGRI

Abogado. Negri & Pueyrredón Abogados

Más de una vez, algún anciano miembro de una familia o hasta un viejo socio de un estudio jurídico ha sido denominado “jarrón chino” por sus parientes o colegas: ninguno confiesa sus intenciones de querer deshacerse de él y nadie sabe dónde colocarlo.

Pero algunos jarrones a veces tienen destinos más venturosos, como, por ejemplo, los de Sir Michael Butler. A partir de 1960, este caballero inglés se dedicó con paciencia y dedicación, a lo largo de muchos años, a coleccionar porcelana china del siglo XVII, (del período de transición entre las dinastías Ming y Qing), hasta acumular 502 piezas. El valor de la colección alcanzó aproximadamente los ocho millones de libras esterlinas.

Para el lector no erudito: las piezas coleccionadas por Sir Michael corresponden a la mejor época de la porcelana china; esto es, cuando la técnica de fabricación había alcanzado su perfección, pero las piezas no habían incorporado aún los elementos europeizantes introducidos más adelante para seducir a los compradores extranjeros.

-
1. La presente nota apareció originariamente en el Boletín *Dos Minutos de Doctrina* correspondiente al día 24 de noviembre de 2020. El Boletín *Dos Minutos de Doctrina* es publicado en línea por el Estudio Negri & Pueyrredón Abogados (<https://www.negri.com.ar/publicaciones/>). La nota se publica aquí por cortesía del Estudio y del propio autor, D. Juan Javier Negri, a quien agradecemos la deferencia (*N. del E.*).

A partir de 1987, Sir Michael y su mujer fueron donando su colección a sus cuatro hijos en partes iguales, hasta desprenderse de todas sus piezas. Todas las donaciones se instrumentaron por escrito, seguramente por razones fiscales.

El acta donde constó la donación original decía: “como consecuencia de su natural afecto y amor a sus hijos (los donatarios), los donantes mediante la presente les ceden las piezas que hasta ahora han sido parte de la colección de porcelana china conocida como ‘la Colección Michael Butler’ y que ahora se llamará ‘la Colección Familia Butler’, [...] al presente conservada en el museo [...], para que los donatarios se conviertan en sus propietarios en común y en partes iguales”. El acta concluía con un anexo de sesenta páginas en el que se describía cada una de las piezas.

El museo al que se hacía referencia en el acta era un edificio ubicado en la finca campestre de los Butler, cuyo título de propiedad fue transferido al mayor de los cuatro hermanos, para que allí construyera un museo para exhibir las porcelanas.

Durante veinticinco años y mientras su padre vivió, los hijos acordaron mantener la integridad de la colección. Más aún: dos de ellos y el padre formaron una sociedad para explotarla comercialmente. Pero al morir Sir Michael, los dos hijos que no integraron la sociedad con él pidieron que las piezas fueran distribuidas entre los cuatro; los otros dos, que la colección se mantuviera unida.

La cuestión (que en el fondo implicaba dos preguntas: ¿qué destino dar a la colección? y, en defecto de acuerdo, ¿cómo dividirla?) fue resuelta por los tribunales ingleses². Si esto hubiera pasado en la Argentina, ¿la solución habría sido diferente?

Bajo el derecho inglés, cuando los copropietarios de una cosa mueble están en desacuerdo acerca de su destino, pueden solicitar al juez que resuelva la cuestión. La ley³ le otorga a éste facultades para que disponga la división de la cosa y cómo dividirla. Sin embargo, el solicitante, para poder hacer un pedido específico debe demostrar que es propietario de al menos la mitad de esos bienes. (La solución argentina es ligeramente diferente: la disposición jurídica o material de la cosa o de alguna de sus partes requiere la conformidad de todos los condóminos.

Para decidir el destino de la cosa, si no es posible su uso y goce en común, se requiere una asamblea de los condóminos. Y si hay empate, *se tira una moneda* (“debe decidir la suerte”, dice literalmente el Código Civil).

2. In re “Butler v. Butler” Case N.º HC-2014-001990; Neutral Citation Number: [2016] EWHC 1793 (Ch); High Court of Justice, Chancery Division, Royal Courts of Justice, Londres, 20 de julio de 2016.

3. Sec. 188 (1), Law of Property Act, 1925.

Como dos de los hermanos (Caroline y James) demostraron ser propietarios de la mitad de las porcelanas, pudieron pedir al juez que estableciera un mecanismo de división según el cual cada uno de los cuatro, a su turno, eligiera una pieza hasta que se agotara la posibilidad de elegir.

Su pedido se basó en las disposiciones de la ley inglesa que, con respecto al condominio sobre cosas muebles, dispone que “en el caso de que haya bienes muebles que pertenezcan a varias personas en porciones indivisas, quienes posean al menos la mitad pueden pedir al juez la división de aquellas (o de parte de ellas), de acuerdo a una valuación o de cualquier otra manera, y el juez dictará sentencia e instruirá a las partes como lo estime conveniente”⁴.

Los otros dos (Katherine y Charles) pidieron que se rechazara ese pedido, de manera que la colección permaneciera íntegra (lo que en la Argentina se llama “indivisión forzosa”). Como alternativa, pidieron que se exigiera a sus dos hermanos que les vendieran su parte de la colección o, al menos, tantas piezas como Katharine y Charles pudieran comprar.

La mera determinación acerca de cuántas piezas constituían “la mitad de la colección” llevó a largas discusiones entre los hermanos. Pero esa no fue, como veremos, la cuestión más relevante.

En la Argentina, la división (o “partición”, en términos legales) se plantearía sobre bases bastante similares.

Nuestro Código Civil concibe el condominio como la propiedad conjunta *sobre una única cosa que pertenece a cada condómino por una parte indivisa; cada condómino puede enajenar y gravar la cosa en la medida de su parte indivisa sin el asentimiento de los restantes condóminos*. Por eso cabe la pregunta: una colección de arte ¿es una única cosa?

En primer lugar, para el derecho argentino el concepto de “colección”, como cosa única, es desconocido. Pero el Código Civil nos permite aplicar al condominio sobre varias cosas las mismas reglas que, en una sucesión, se aplican a los bienes del difunto antes de que sean distribuidos entre sus herederos. (Aunque existen algunas diferencias entre un condominio y la indivisión hereditaria –pues, por ejemplo, ésta puede incluir no sólo cosas sino también derechos–, ambos casos constituyen conjuntos sobre los que recae la propiedad común de los copropietarios o coherederos).

Bajo nuestro derecho, cualquier condómino puede pedir, en cualquier momento, *la partición* de la cosa común. Sin embargo, cualquiera de ellos

4. “Where any chattels belong to persons in undivided shares, the persons interested in a moiety or upwards may apply to the court for an order for division of the chattels or any of them, according to valuation or otherwise, and the court may make such order and give any consequential directions as it thinks fit”.

puede pedir, también, *que la partición se postergue total o parcialmente si la venta inmediata puede redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos.*

No nos cabe duda de que la venta de una colección en bloque, en algunos casos, puede obtener un precio mejor que si se la desmenuza en sus componentes. Esto no siempre es así, pero cabe recordar acá una frase de una gran mecenas argentina, Mercedes Santamarina (1896–1972), que al donar no sólo pinturas al Museo Nacional de Bellas Artes sino también muebles, sostuvo que existía “amistad entre los objetos” y no quiso separar las unas de los otros.

Bajo el derecho argentino, los copropietarios pueden acordar entre sí el mecanismo de partición que mejor se adapte a sus deseos. Si ese acuerdo no existe, lo establece el juez.

Pero... ¿y qué pasó con las porcelanas?

El juez, antes de llegar a una conclusión, repasó los principios legales que rigen la cuestión. En primer lugar, recordó que, en casos como éste, el derecho inglés permite al juez “establecer principios justos” para la partición cuando los copropietarios no pueden establecerlos por su cuenta.

Se apoyó en una interpretación amplia del término “división”, incluido en la ley: muchas veces, dividir significa vender.

No sólo eso: en su opinión, el derecho inglés le da al juez facultades suficientes como para *alcanzar una solución permanente* y eliminar toda futura contienda entre las partes acerca de la distribución de cualquier remanente *para así poner fin al litigio de una vez y para siempre.*

La anterior no era una cuestión irrelevante: el juez mencionó que “las relaciones entre unos y otros hermanos no son armoniosas. Caroline dijo, demostrándolo con ejemplos –no todos válidos–, que Katherine había actuado unilateralmente con respecto a la colección. Ésta, por su parte, y no sin tristeza, describió su relación con Caroline como hostil y con James como inexistente. La confianza entre los hermanos ha desaparecido y no existe probabilidad alguna de que lleguen a un acuerdo y cooperen entre sí con respecto a la colección”.

En segundo lugar, *la ley no tiene como propósito proteger a quienes poseen una porción minoritaria.* (En un país como el nuestro, tan acostumbrado a [sobre] proteger al supuestamente más débil, este principio suena casi herético. Sin embargo, no es demasiado diferente del que contiene nuestro Código Civil: “la resolución de la mayoría absoluta de los condóminos computada según el valor de las partes indivisas, *aunque corresponda a uno solo*, obliga a todos”.

Como tercer principio, los criterios para dividir la cosa común son amplios y no tienen por qué seguir intereses puramente mercantiles o definirse en función del valor de los bienes.

Finalmente, los jueces deben decidir con flexibilidad, caso por caso, sujetos a las circunstancias de cada uno de ellos.

El juez agregó una reflexión relevante: “en mi opinión, los motivos de cada uno de los hermanos son genuinos y racionales. No me parece que haya nada en ellos que deba exponerlos a la crítica o que debiliten los argumentos a favor del resultado que cada uno persigue. De igual manera, no hay nada en la conducta de alguno de ellos que deba influenciar negativamente mi decisión contra demandantes o demandados”.

Sobre esas bases, y luego de varias audiencias en febrero y marzo de 2016, el juez rechazó la alternativa de mantener la colección indivisa y ordenó que cada hijo fuera eligiendo una pieza de la colección hasta que no quedara ninguna por adjudicar.

Su decisión se basó en varios factores: el primero, que cuando Lord Butler donó su colección a sus cuatro hijos, el documento en el que plasmó la donación no incluyó referencia alguna a su intención o deseo de que la colección permaneciera íntegra. Si bien algo dijo al respecto muchos años después, eso no tuvo efecto alguno.

Aunque el juez reconoció que la colección original tenía valor histórico, cultural y educativo, también entendió que cada una de las cuatro partes en las que se la dividiría (de aproximadamente 125 piezas cada una) tendría considerable valor por sí misma.

También dijo que, aun cuando la división de la colección pudiera disminuir su valor, no se presentaron pruebas concluyentes al respecto. Pero además, y en la medida que dos hermanos querían mantener la colección como un todo indivisible, consideró evidente que, para ellos, *el valor económico no era relevante* (porque claramente no estaban interesados en venderla). A nosotros, esta conclusión no nos parece del todo válida: quizás lo que no les interesaba a quienes querían mantener la colección íntegra no fuera la colección misma sino el precio más alto que podrían obtener por ella si se la vendía en conjunto).

El juez también dijo que Caroline y James, los hermanos que pidieron dividir la colección, no demostraron que su interés para hacerlo fuera financiero, por lo que ordenar a los otros dos hermanos que les compraran su parte no sería adecuado. Además, tampoco había pruebas suficientes acerca de que éstos dos pudieran pagar esa mitad.

El juez, en la parte más importante de su sentencia, dijo que “la decisión más adecuada es la que piden los reclamantes –es decir, Caroline y James, que pidieron que la colección se dividiera–. La colección es realmente divisible. No hay evidencia alguna de que un proceso de selección por turnos produzca un resultado injusto, ya sea con relación a los valores u otras pautas. La pretensión

de los demandados –que querían mantener la colección intacta– no es lo suficientemente explícita o concreta como para servir de base a una sentencia practicable y, en todo caso, mantendría la situación vigente por varios años y no haría nada para eliminar la actual falta de armonía entre los hermanos”.

“Por supuesto, si Caroline y/o James quisieran vender todos o algunos de los jarrones que han elegido, sería sensato que se aseguraran de que sus hermanos estén al tanto de sus intenciones y de que éstos sepan que sus ofertas serán bien recibidas o de que podrán ofertar si hubiera una subasta, *pero esas son cuestiones que un tribunal no debe regular*”.

Una nota curiosa: al comienzo de su sentencia, como todos los involucrados tenían el mismo apellido (Butler), el juez, con cortesía exquisita, pidió excusas para referirse a cada uno de ellos por su primer nombre, “sin que ello implique una falta de respeto”. (*“The parties are siblings. They have been referred to throughout by their forenames, intending no disrespect I shall do the same in this judgment”*).

Los comentaristas ingleses de esta sentencia han puesto énfasis en dos aspectos: el primero, que el juez sentenciara sin tener en cuenta los efectos fiscales de su decisión. En efecto, para cada uno de los beneficiarios, el incremento de la carga fiscal sobre su patrimonio podría llegar a exigir la venta de algunos de los mismos bienes que intentaron preservar.

En segundo lugar, destacaron la necesidad de convencer al propietario original y a los futuros condóminos de cualquier colección de objetos de arte acerca de la conveniencia de acordar de antemano la mecánica más adecuada para dividir un patrimonio de este tipo, de características tan especiales.

Estos dos aspectos son tan relevantes en Inglaterra como en cualquier otra parte del mundo.

Los tatuajes como obra artística: un nuevo giro en los litigios de propiedad intelectual en Estados Unidos (*Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc.*)

NORA OYARZABAL OYONARTE

*LLM in Law, Science & Technology. Stanford University**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LITIGIOS POR *COPYRIGHT* DE TATUAJES EN ESTADOS UNIDOS: ANTECEDENTES. III. *SOLID OAK SKETCHES* VERSUS *2K GAMES*. 1. *La defensa basada en la regla de minimis*. 2. *La defensa de la licencia implícita*. 3. *La defensa basada en el fair use*. IV. IMPACTO DE LA RESOLUCIÓN *SOLID OAK V. 2K GAMES* EN ESTADOS UNIDOS. V. POSIBLES LITIGIOS POR DERECHOS DE AUTOR SOBRE LOS TATUAJES EN ESPAÑA.

I. INTRODUCCIÓN

Las dudas acerca del tratamiento de los grafitis como obras de arte merecedoras de protección por la propiedad intelectual se han ido disipando en los últimos años. Existe un amplio consenso en que los grafiti merecen protección como cualquier otra obra, siempre que exista un suficiente grado de originalidad, por más que la especial idiosincrasia de estas obras venga dando lugar a no pocos pleitos a nivel nacional e internacional que dirimen distintas cuestiones en torno a esta materia, normalmente relacionadas con la compatibilidad

* Nora Oyarzabal Oyonarte es abogada en Cuatrecasas. La autora desea dejar constancia de que los puntos de vista expresados en este artículo son personales y no pretenden reflejar la posición de la firma en la que presta sus servicios.

entre los derechos de autor del grafitero y los derechos de propiedad ordinaria del dueño del inmueble en el que el grafiti ha quedado estampado¹.

En la última década, en el campo de los derechos de autor está cobrando relevancia una forma de arte proveniente de tiempos ancestrales que comparte algunas analogías con los grafitis y que amenaza con propiciar nuevas y complejas batallas judiciales: los tatuajes. Grafitis y tatuajes comparten el denominador común de estar ejecutados sobre un lienzo “peculiar”. Mientras que en los grafitis se trata de una superficie material propiedad de un tercero, normalmente alguna de las paredes de la fachada de un edificio, en los tatuajes es la piel de una persona la que actúa como soporte físico para la ejecución de la obra. Este hecho suscita múltiples interrogantes, más allá de la cuestión acerca de si el tatuaje admite ser objeto de protección por la propiedad intelectual. ¿Quién debe considerarse el titular de los derechos de explotación sobre los tatuajes, el autor del tatuaje o el sujeto sobre el que éste queda grabado? ¿Cabe entender que quien realiza el tatuaje concede una licencia implícita para todo uso posterior del mismo? ¿Qué acciones puede interponer el autor de un tatuaje frente a la persona que lo lleva en su piel? ¿Qué ocurre con los derechos de autor sobre el tatuaje cuando la persona tatuada fallece?

Aunque hay algún tratamiento doctrinal de la materia en un plano más bien teórico, carecemos en el ámbito nacional de trabajos que aborden esas cuestiones desde una óptica más práctica, probablemente porque a nuestros tribunales todavía no han llegado conflictos de propiedad intelectual sobre los tatuajes. Por el contrario, en el ámbito norteamericano sí se han producido algunos interesantes casos de *copyright* y tatuajes en sede judicial.

El propósito de este trabajo es reseñar uno de los más recientes –e interesantes– de esos casos, el que enfrentó a la compañía Solid Oak Sketches, titular del *copyright* sobre los tatuajes estampados en la piel de los jugadores de la liga nacional de baloncesto americana (la NBA), y la empresa de videojuegos Take-Two Interactive Software y su subsidiaria 2K Games, que habían reproducido

1. A nivel nacional puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo 1082/2006, de 6 de noviembre de 2006, sobre la demolición del muro en el que se habían plasmado las obras de los demandantes como ganadores de un concurso de pinturas murales convocado por la demandada. El Tribunal Supremo concluye que la ruina del edificio al que pertenecía el muro hacía necesaria la reconstrucción dada la situación de riesgo para la seguridad de las personas, resultando imposible la conservación de las pinturas.

En el ámbito internacional, uno de los casos más sonados ha sido el de 5Pointz en Estados Unidos, *Castillo v. G&M Realty L. P.*, N.º 18-498-CV, 2020 WL 826392, (2d Cir. Feb. 20, 2020). La sentencia de apelación confirmó que la destrucción de las obras de los artistas grafiteros demandantes constituía una infracción de sus derechos morales y se condenó al promotor inmobiliario que había ordenado la destrucción al pago de una elevada indemnización. Puede consultarse una reseña sobre esta sentencia en <http://aladda.es/sentencia-de-apelacion-en-el-caso-5pointz-confirmada-la-resolucion-de-primera-instancia-y-el-derecho-de-los-artistas-visuales-aerosol-artists-a-ser-indemnizados/>.

en sus juegos la imagen de los jugadores de la NBA de la forma más fiel posible, lo que incluía los tatuajes grabados sobre sus cuerpos.

II. LITIGIOS POR *COPYRIGHT* DE TATUAJES EN ESTADOS UNIDOS: ANTECEDENTES

Uno de los litigios más sonados en la materia fue el que tuvo su origen en la demanda interpuesta por el artista Victor S. Whitmill, creador del tatuaje del boxeador Mike Tyson, contra la productora Warner Bros en el año 2011, a raíz de la película “Resacón 2: Ahora en Tailandia” (*The Hangover Part II*). En una de las escenas de la película, el protagonista se hace un tatuaje en su cara imitando el tatuaje del conocido boxeador. Según el artista demandante, Warner habría infringido sus derechos de autor al no solicitar la debida autorización para reproducir su tatuaje en la película. Aunque la jueza descartó tomar medidas con carácter cautelar, admitió que no existían dudas sobre la protección de los tatuajes por *copyright*. Finalmente, las partes llegaron a una conciliación de la que no trascendieron los términos. Se perdió así la oportunidad de obtener una sentencia que podría haber arrojado algo de luz sobre el modo de articularse la relación entre el creador de los tatuajes, el sujeto que los porta sobre su piel y los terceros interesados en utilizarlos.

La industria de los videojuegos tampoco ha permanecido ajena a disputas judiciales motivadas por los tatuajes. Una de las pioneras estalló en el año 2012, cuando el tatuador Christopher Escobedo demandó a una empresa de videojuegos, THQ, por recrear a uno de los luchadores de UFC, Carlos Condit, con el tatuaje del león que lleva en la vida real y que había sido concebido por el señor Escobedo. El caso se resolvió sin una decisión sobre el fondo, ya que THQ quebró poco después de que se interpusiera la demanda y la acción de Escobedo se trasladó al tribunal de quiebras, que tuvo que determinar directamente el valor de una infracción del *copyright* de un tatuaje, sin entrar a analizar si realmente había una infracción o no. El tribunal de quiebras estableció inicialmente un valor de 22.500 dólares, una cantidad muy inferior a la que había solicitado Escobedo (4.16 millones de dólares). No obstante, el hecho de que concediera una estimación económica indica que el caso podía tener algún mérito. Esta decisión fue recurrida por Escobedo, que alegó que la cantidad era insuficiente. Finalmente, se alcanzó un acuerdo extrajudicial.

Pues bien, una de las más recientes disputas judiciales en la industria del videojuego, es la que nos ocupa en este comentario. En ella, como anunciábamos, se ha visto envuelta una compañía de videojuegos que, al reproducir la imagen de los jugadores de la NBA, incluyó los tatuajes que muchos de ellos tienen grabados sobre su piel.

La controversia se ha saldado mediante el pronunciamiento del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York (el “**Tribunal de Distrito**” o el “**Tribunal**”) de 26 de marzo de 2020², favorable a la empresa de videojuegos.

Por el impacto que puede tener esta resolución en la aplicación del *copyright* sobre los tatuajes en tanto que obras plásticas, consideramos que resulta de interés para los especialistas más allá de la órbita del Derecho norteamericano. En los epígrafes que siguen se aborda un estudio pormenorizado de las principales líneas argumentales trazadas en la resolución de marzo de 2020, si bien el litigio conoció otras vicisitudes previas que, por razones de espacio, no es posible explicar aquí.

III. **SOLID OAK SKETCHES VERSUS 2K GAMES**

Quizás el primer matiz relevante que introduce este caso es que el demandante no era el artista que había diseñado los tatuajes y que en calidad de tal, pretendía obtener una indemnización por el uso de los tatuajes sin su debida autorización. Por el contrario, se trata de una compañía, Solid Oak Sketches (“**Solid Oak**”), que había adquirido el *copyright* sobre diversos tatuajes mediante acuerdos de licencia exclusiva con los respectivos artistas. Gran parte de los tatuajes licenciados a favor de Solid Oak habían sido diseñados para estrellas de baloncesto de la NBA, incluyendo a jugadores de la talla de Eric Bledsoe, LeBron James y Kenyon Martin, entre otros³.

Por su parte, la parte demandada, Take-Two Intereactive Software y su subsidiaria, 2K Games, Inc. (conjuntamente “**Take-Two**”⁴) son las responsables del desarrollo y creación de una serie de videojuegos de baloncesto que simulan partidos entre jugadores de la NBA. En los videojuegos se reproduce a los

2. El caso es citado como *Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc.*, N.º 16-CV-724-LTS-SDA, 2020 U.S. Dist. (S.D.N.Y. Mar. 26, 2020).

3. Nótese que Solid Oak no es una empresa que se dedique a la elaboración de tatuajes, sino que se puso en contacto y firmó contratos de licencia exclusiva con los artistas que habían tatuado precisamente a estrellas de la NBA –sin informarles de cuáles eran sus intenciones–, con el aparente fin de demandar luego a las empresas de videojuegos que reproducían los tatuajes. A la vista de los hechos, Solid Oak encajaría en la figura del “copyright troll”. Tal y como aclara el Abogado General Sr. Maciej Spuznar del TJUE en las conclusiones de 17 de diciembre de 2020, en el asunto C-597/19, “*un copyright troll es una persona que, habiendo adquirido derechos de explotación limitados sobre obras protegidas, no los explota en realidad, sino que se limita a exigir indemnizaciones por daños y perjuicios a las personas que vulneran dichos derechos*”. Los “trolls” de derechos de autor podrían haber encontrado un nuevo nicho en el sector de los videojuegos para abusar de los derechos de explotación adquiridos.

4. A pesar de que es el nombre de la empresa subsidiaria el que se usa para citar el caso, la resolución se refiere tanto a la matriz como a la subsidiaria por la denominación de la matriz Take-Two.

jugadores tal y como son en la vida real, incluidos sus tatuajes. Take-Two había obtenido directamente de la NBA y de los propios jugadores la licencia para usar la imagen y apariencia (*likeness*) de estos últimos en los videojuegos.

Pues bien, en el año 2016 Solid Oak interpuso una demanda contra Take-Two alegando una infracción de *copyright* por incluir a los jugadores con los tatuajes en los videojuegos. En opinión de la demandante, gran parte del éxito de los videojuegos residía en la recreación real y detallada de los jugadores, y precisamente los tatuajes contribuían a simular esa realidad. También incidió en la circunstancia de que, con carácter previo a que los videojuegos se pusieran a la venta, Solid Oak y Take-Two habían mantenido negociaciones para el otorgamiento de licencias de los tatuajes. Sin embargo, Take-Two había roto las negociaciones y publicó los videojuegos sin la autorización de la demandante.

El procedimiento judicial siguió distintas fases y atendió a diversas cuestiones⁵, pero pondremos el foco en la resolución de marzo de 2020 que venimos comentando, que tenía por objeto pronunciarse sobre la petición de la parte demandada de desestimar las acciones de Solid Oak de infracción de *copyright* mediante un *summary judgment*, es decir, mediante un procedimiento sumario de EE. UU. para cuando no existen hechos controvertidos y el tribunal puede resolver directamente sin necesidad de que se realice un juicio completo.

La empresa de videojuegos esgrimió tres motivos de defensa alternativos: (i) la regla de *de minimis*, esto es, que el uso de los tatuajes en los videojuegos es insignificante; (ii) que Take-Two habría obtenido una licencia para el uso de los tatuajes de la NBA y de los jugadores, como parte de la autorización obtenida para reproducir la imagen de los últimos; y (iii) la defensa del *fair use* (uso

5. Una de las primeras cuestiones sobre las que el Tribunal se pronunció [*Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc.*, N.º 16-CV-724-LTS, 2016 U.S. Dist. (S.D.N.Y. Aug. 2, 2016)], fue si Solid Oak podía reclamar los “*statutory damages*” y los honorarios de abogados. Los *statutory damages* son unos daños regulados en la Ley de EE. UU. de propiedad intelectual que permite que los titulares de *copyright* que tengan éxito en sus acciones por infracción reciban una cantidad por obra infringida. Se llaman *statutory damages* o daños legales porque la cuantía de los daños por obra está establecida en la ley, en concreto en el artículo 504. No obstante, tanto los *statutory damages* como los honorarios de abogados solo pueden ser reclamados por los titulares que hayan registrado las obras en la Oficina del Copyright de EE. UU. antes de la infracción o después, siempre que lo hagan dentro de los tres meses posteriores a la publicación de la obra. El Tribunal negó que Solid Oak estuviese legitimada para solicitar los *statutory damages* y los honorarios de abogados ya que la supuesta infracción inicial se habría cometido antes del registro de los derechos de autor de los tatuajes. El tribunal rechazó el argumento de Solid Oak de que cada nueva versión del videojuego (que se lanza anualmente) es una infracción independiente, aclarando que cuando el mismo demandado infringe la misma obra protegida de la misma manera que lo hizo antes del registro de la obra, la infracción posterior al registro constituye una más de una serie de infracciones continuas.

justo), figura característica del *copyright* americano que permite el uso de obras protegidas por *copyright* sin permiso de su titular, siempre que dicho uso reúna determinados requisitos.

El debate no se centró, por tanto, en considerar si los tatuajes podían ser objeto de protección por *copyright*. Parece relativamente claro que, al estar fijados en una superficie fija (el cuerpo) y siempre y cuando se reúna el criterio de originalidad, los tatuajes son una forma de expresión de arte que también generan derechos de propiedad intelectual⁶. Cuestión distinta será cómo interaccionan esos derechos con las particularidades que implican los tatuajes, al formar parte del cuerpo y de la apariencia de la persona que los lleva.

El Tribunal del Distrito examinó cada una de las líneas de defensa de Take-Two, y acabó estimando las tres. Hubiese sido suficiente la estimación de uno solo de los argumentos para que Solid Oak hubiese perdido la batalla legal.

1. LA DEFENSA BASADA EN LA REGLA *DE MINIMIS*

En el sistema de *copyright* de EE. UU., para poder entablar una acción por infracción, debe realizarse una doble comprobación: de un lado, se debe constatar que el demandado ha copiado realmente la obra del demandante; de otro, se debe chequear si la copia es ilegal porque exista una similitud sustancial entre la obra infractora y los elementos protegibles de la obra del demandante. Para que exista una similitud sustancial, la cantidad copiada tiene que estar por encima de un umbral mínimo⁷.

Para poder acogerse a la regla *de minimis*, la parte demandada por una infracción de *copyright* debe demostrar que la copia del material protegido es tan insignificante que cae por debajo del umbral cuantitativo mínimo de similitud sustancial. El estudio del componente cuantitativo de la regla *de minimis* concierne a: (i) la cantidad de la obra original que ha sido copiada; (ii) el tiempo en que la obra copiada es observable en la obra presuntamente infractora; y (iii) factores como el foco, la luz, y los ángulos de la cámara⁸. Adicionalmente, la similitud sustancial debe estudiarse aplicando el test del observador ordinario, que valora si un observador medio reconocería que la obra presuntamente infractora se ha apropiado de la obra original.

6. En la ley americana de propiedad intelectual dos son los requisitos necesarios para otorgar la protección de copyright: que la obra esté fijada en un soporte, y que tenga cierto grado de originalidad. Por el contrario, en el sistema de derechos de autor de Europa continental, solo se requiere el criterio de la originalidad.

7. *Castle Rock Entm', Inc. v. Simone Dev. Corp.*, 602.3d 57, 63 (2d Cir. 2020).

8. *Ringgold v. Black Entm't Television, Inc.*, 126 F.3d 70 (2d Cir. 1997).

Take-Two no discutió, por tanto, que hubiese hecho una copia de los tatuajes. Lo que sostuvo es que no se podía interponer una acción de infracción de *copyright* al operar la defensa *de minimis*. Los tatuajes solo aparecían en algunos de los jugadores del videojuego (en concreto, en 3 de 400 jugadores disponibles), e incluso cuando esos jugadores eran elegidos e incluidos en una sesión del videojuego, la visualización de los tatuajes era pequeña y borrosa. Los tatuajes aparecían simplemente como rasgos visuales de figuras que se mueven rápidamente y que no son fácilmente observables con suficiente detalle como para que un usuario medio del videojuego pueda identificar el objeto del tatuaje y menos aún, su estética. Además, los tatuajes no se incluían en ningún material de marketing de los videojuegos.

El Tribunal de Distrito confirma cada una de estas circunstancias y determina que el uso de los tatuajes en los videojuegos es mínimo, lo cual neutraliza la acción por infracción de *copyright*. Aunque la aplicación de la defensa *de minimis* es suficiente para el rechazo de las pretensiones de Solid Oak, el Tribunal no deja pasar la oportunidad de pronunciarse sobre los otros dos argumentos esgrimidos por la empresa de videojuegos.

2. LA DEFENSA DE LA LICENCIA IMPLÍCITA

En relación con la segunda línea de defensa, el tribunal aprecia que los tatuadores habrían otorgado una licencia implícita a los jugadores para usar los tatuajes como parte de su imagen y apariencia (*likeness*). Se apoya para ello en los propios testimonios de los tatuadores involucrados. Estos declararon que tatuaron a los jugadores sabiendo que los tatuajes se mostrarían cada vez que los jugadores apareciesen en público, en la televisión, en anuncios y en cualquier otro medio. Asimismo, los tatuadores constataron que tenían la intención de que los tatuajes pasaran a formar parte de la imagen y la apariencia de los jugadores. Ello abarcaría la necesidad de mostrar los tatuajes cuando se hicieran reproducciones de la imagen de los jugadores, ya fuera mediante fotografías, cuadros o videojuegos.

En consecuencia, el Tribunal concluye que, efectivamente, al tatuarlos, los tatuadores habrían otorgado licencias implícitas no exclusivas a los jugadores para el uso de los tatuajes como elementos de su apariencia e imagen, con carácter previo a firmar los contratos de licencia exclusiva con Solid Oak⁹.

9. Al respecto, Solid Oak argumentó que cualquier restricción a la explotación comercial sobre los tatuajes debería haberse incluido en los contratos de licencia exclusiva. No obstante, el Tribunal descarta este razonamiento al señalar que el titular de un derecho de *copyright* que ha otorgado una licencia de uso no exclusiva pierde el derecho a demandar al licenciataria por infracción de *copyright*. Aunque el Tribunal no lo dice expresamente, se deduce que, al haber adquirido Solid Oak los derechos de *copyright*

A su vez, Take-Two había obtenido las licencias para reproducir la apariencia de los jugadores tanto de la NBA (la NBA obtiene licencias de los jugadores para utilizar su imagen) como de los propios jugadores¹⁰ y, por tanto, estaba autorizada a reproducir a los jugadores con sus tatuajes. De nuevo, por este segundo camino, las pretensiones de Solid Oak se verían frustradas.

3. LA DEFENSA BASADA EN EL *FAIR USE*

En la ley de EE. UU. de derechos de propiedad intelectual (“**Copyright Act**”) no existe un catálogo cerrado de excepciones o limitaciones a los derechos exclusivos de propiedad intelectual, como ocurre en los países de tradición europea de derechos de autor. Por el contrario, la Copyright Act cuenta con una pieza clave –de origen jurisprudencial–, el *fair use*, que opera como una excepción general a los derechos de autor y se articula como una defensa frente a las acciones por infracciones de derechos. Entre sus finalidades está la de equilibrar los intereses contrapuestos de la protección del *copyright* y la libertad de expresión. En tanto se trata de una excepción formulada en términos generales, su aplicación al caso concreto depende de la interpretación judicial de los hechos.

La doctrina del *fair use* está actualmente codificada en el artículo 107 de la Copyright Act. Este artículo ofrece algunos ejemplos de fines que permitirían el uso no autorizado de obras, como la crítica, el comentario, la información periodística, la enseñanza, la formación o la investigación. Sin embargo, lo relevante para la aplicación del *fair use* es la ponderación de los cuatro factores regulados en el artículo 107 que deben realizar los jueces para determinar si el uso de una obra protegida por *copyright* es un uso justo que merece quedar fuera del ámbito de control de los titulares. Estos factores son: (i) la finalidad y el carácter del uso, incluyendo si tiene naturaleza comercial o persigue finalidades educativas sin ánimo de lucro; (ii) la naturaleza de la obra protegida; (iii) la cantidad y sustancialidad de la parte usada en relación con la obra completa; y (iv) el efecto del uso no autorizado en el mercado potencial o en el valor de la obra protegida. No se trata de cuatro factores con el mismo peso; la jurisprudencia ha dado más importancia relativa al primero y, especialmente, al cuarto.

En el caso que nos ocupa, la empresa de videojuegos empleó como tercera arma defensiva el argumento de que, incluso aunque se desestimasen

que tenían los tatuadores en el momento de firmar el contrato, tampoco Solid Oak podía demandar a quién hubiese obtenido una licencia implícita de uso con carácter previo a la firma del contrato de licencia exclusiva.

10. Hubiese bastado con la licencia de la NBA, pero el Tribunal aprovecha para destacar que los propios jugadores habían autorizado también directamente a Take-Two, con ánimo de reforzar que Take-Two habría obtenido licencia por doble vía para reproducir la imagen de los jugadores en sus videojuegos.

la defensa basada en la regla *de minimis* y la de la licencia implícita, el uso de los tatuajes en los videojuegos estaría amparado por la doctrina del *fair use*. El Tribunal de Distrito examina, por tanto, la aplicación al caso de cada uno de los factores del artículo 107 de la Copyright Act.

En relación con el primer factor (finalidad y carácter de uso), la jurisprudencia viene defendiendo que un uso transformativo de la obra protegida inclinaría el primer factor a favor de la aplicación del *fair use*. Para valorar si un uso es transformativo, es decir, si añade una finalidad o mensaje distinto al de la obra original, se debe considerar: (i) si las dos obras sirven a diferentes propósitos; (ii) el tamaño de las reproducciones; (iii) si el valor expresivo de la obra reproducida se ha minimizado; y (iv) la proporción del material copiado. Para la ponderación del primer factor también ha de tenerse en cuenta la presencia de un propósito comercial, lo que inclinaría la balanza en contra del *fair use*.

Pues bien, el Tribunal sostiene que el propósito de mostrar los tatuajes en los videojuegos difiere diametralmente de la finalidad para la que los tatuajes fueron concebidos. Los tatuajes se diseñaron como medio para que los jugadores se expresaran a través del arte en su cuerpo. Sin embargo, los tatuajes en los videojuegos se usan para añadir una dosis de realidad a la caracterización de los jugadores¹¹.

Por otra parte, el tamaño de los tatuajes aparece significativamente reducido en los videojuegos, siendo los tatuajes difíciles de identificar para los usuarios. A ello se añade que el valor expresivo de los tatuajes en el videojuego estaría minimizado. Cuando aparecen, están combinados con multitud de elementos visuales y sonoros necesarios para simular un partido real de la NBA¹².

Por último, los tatuajes constituyen una proporción mínima del videojuego. Solo se muestran en 3 de los 400 jugadores y no pueden observarse de forma

11. Esta primera afirmación sobre el uso transformativo es cuestionable. El Tribunal determina que la finalidad de los tatuajes en el videojuego es solo la de añadir dosis de realidad, pero ¿acaso el videojuego no permite que el jugador siga expresándose a través de su cuerpo, incluso por medio de su alias virtual? Precisamente la NBA otorga licencias a Take-Two para que esta pueda reproducir la imagen de los jugadores. La reproducción del jugador del videojuego es un vehículo de la imagen del jugador, igual que lo es su propio cuerpo en un partido real. En otras palabras, los tatuajes son creados para ser exhibidos en el cuerpo de los jugadores, y la empresa de videojuegos los usaría con el mismo propósito: mostrarlos en el cuerpo de los jugadores virtuales en el videojuego.
12. Llama la atención el razonamiento empleado por el Tribunal al considerar que el valor expresivo está minimizado, entre otras cuestiones, por estar combinado con elementos visuales y sonoros. Por analogía, cuando se usan por ejemplo cuadros o música de fondo en una película, se deben obtener licencias de los titulares de los derechos, a pesar de que estas obran aparezcan combinadas con demás elementos sonoros y visuales.

clara durante las partidas¹³. Por todos estos motivos, el Tribunal de Distrito concluye que concurre un uso transformativo que inclina la balanza a favor del *fair use*.

En relación con el propósito comercial del videojuego, el Tribunal reflexiona que los tatuajes son tan insignificantes para el conjunto del videojuego que actúan como un elemento accesorio de su valor comercial. Los consumidores no compran los videojuegos por las reproducciones de los tatuajes¹⁴.

Con respecto al segundo factor (naturaleza de la obra protegida), el Tribunal del Distrito considera que la naturaleza de los tatuajes del litigio debería equilibrar la balanza también a favor del *fair use*. Razona el Tribunal que los diseños de los tatuajes objeto de análisis son más fácticos que expresivos porque, o bien están basados en motivos comunes que se encuentran frecuentemente en los tatuajes, o bien copiaban fotografías que los tatuadores no habrían tomado. Por tanto, los tatuajes no tendrían el suficiente nivel de expresividad o creatividad para jugar en contra del *fair use*.

En cuanto al tercer factor (cantidad y sustancialidad de la parte usada con respecto a la obra original completa), se debe valorar si la presunta obra infractora copia más cantidad de la obra original que la necesaria, y si la cantidad copiada es excesiva en relación con el propósito válido del primer factor, en cuyo caso, debería jugar en contra de la aplicación del *fair use*.

No obstante, el Tribunal recuerda que copiar la obra original en su totalidad no siempre juega en contra del *fair use*, ya que a veces es necesario para hacer un uso transformativo¹⁵. Y esto precisamente es lo que ocurriría en el litigio analizado. El Tribunal determina que, si bien es evidente que los tatuajes han sido copiados en su totalidad, Take-Two habría tenido que hacerlo para el propósito transformativo de crear una experiencia de juego real. Copiar solo una pequeña porción de los tatuajes no ayudaría a crear una reproducción realista de los jugadores. Adicionalmente, los tatuajes se mostraban en los videojuegos reducidos de tamaño y eran difíciles de reconocer, de forma que el impacto visual de su expresión artística estaba significativamente minado. Por estos motivos el tribunal neoyorquino concluye que el tercer factor, si bien tal vez no incline la balanza a favor de apreciar *fair use*, tampoco la inclina en contra.

Por último, en lo que atañe al cuarto factor (efecto del uso no autorizado en el mercado potencial o en el valor de la obra protegida), el Tribunal estima

13. Esta parte del análisis del *fair use* se asemeja a la defensa de *minimis*.

14. Es evidente que los consumidores no compran los videojuegos por las reproducciones de los tatuajes, pero cabe pensar que estarán dispuestos a pagar un precio más elevado cuanto mayor sea el realismo de los videojuegos, y, en palabras del Tribunal, los tatuajes ayudaban a incrementar esa dosis de realismo.

15. *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F. 3d at 613 (2d Cir. 2006).

que el uso de los tatuajes en el videojuego no priva a los titulares del *copyright* de la posible obtención de ingresos; es poco probable que los potenciales compradores de los diseños de los tatuajes optasen por adquirir los videojuegos como sustitutos. Añade el Tribunal que no hay evidencia de que exista un mercado de licencias de tatuajes para su uso en videojuegos y que es poco probable que este llegue a desarrollarse¹⁶. Para explotar los tatuajes y otorgar licencias en el mercado de los videojuegos, los titulares de los derechos de los tatuajes necesitarían también el consentimiento de los jugadores para no infringir su derecho a la publicidad (*right of publicity*)¹⁷. En definitiva, este cuarto y último factor se decantaría también por la aplicación del *fair use*.

Jugando el primer, segundo y cuarto factor a favor del *fair use*, y estando el tercer factor en terreno neutro, el Tribunal resuelve que el uso no autorizado de los tatuajes en los videojuegos está amparado por la excepción del *fair use*. Por consiguiente, Solid Oak se enfrenta a una derrota legal absoluta, al haber estimado el Tribunal cada una de las líneas de defensa empleadas por la empresa de videojuegos.

IV. IMPACTO DE LA RESOLUCIÓN SOLID OAK V. 2K GAMES EN ESTADOS UNIDOS

Aunque recurrible, la resolución del Tribunal de Distrito representa un significativo triunfo para la industria del videojuego en el enfrentamiento contra los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre los tatuajes. Así, proporciona no solo una, sino hasta tres posibles vías de defensa que podrían emplear las compañías creadoras de videojuegos para seguir reproduciendo a personajes famosos con tatuajes sin la necesidad de obtener una autorización por parte de los titulares del *copyright* sobre los tatuajes. Ahora bien, tanto la regla *de minimis* como la excepción de *fair use* dependen de elementos fácticos susceptibles de variar en el caso concreto, por lo que tendrán que ser estudiadas para cada videojuego acusado de infracción. No obstante, la resolución ofrece pistas que pueden servir de guía a las compañías de videojuegos a la hora de reproducir los tatuajes en sus juegos, de tal forma que el uso pueda quedar amparado por estas dos defensas.

16. Resulta un poco simplista afirmar que es poco probable que llegue a desarrollarse un mercado de licencias de tatuajes para su uso en videojuegos. Desde luego, si se usa este razonamiento para aplicar el *fair use* y negar la necesidad de solicitar licencias por parte de las empresas de videojuegos, como hace la Sentencia comentada, se está contribuyendo a reducir la posibilidad de que se cree ese mercado.
17. El *right of publicity* en EE. UU. sería comparable, salvando las distancias, con el derecho a la propia imagen regulado en el Derecho español, si bien en EE. UU. está configurado como un derecho económico y no como un derecho de la personalidad.

Igual de importante es el argumento de la licencia implícita. Según la sentencia, puede considerarse que, como regla general, cuando un tatuador tatúa a una persona conocida está otorgando una licencia implícita para que el tatuaje se integre con la imagen de la persona tatuada y esta pueda autorizar a terceros a hacer reproducciones de su imagen, incluyendo los tatuajes. En el caso analizado los tatuadores implicados declararon que efectivamente su intención había sido que los tatuajes pasaran a formar parte de la imagen y la apariencia de los jugadores. Pero recordemos que en esta ocasión era Solid Oak quien había obtenido licencias exclusivas de los propios tatuadores y demandado a Take-Two. ¿Qué habría sucedido si hubieran sido los propios tatuadores quienes hubieran demandado? Si los tatuadores hubieran negado que su propósito fuera que los tatuajes se integrasen en el *likeness* de la persona, habría mayor dificultad para inferir la existencia de una licencia implícita.

Sea como fuere, lo cierto es que el pronunciamiento del Tribunal neoyorquino en el caso de Solid Oak frente a Take-Two es una resolución aislada que no tiene efecto vinculante para el resto de los tribunales de EE. UU. La industria del videojuego ha salido victoriosa de una batalla, pero todavía queda un largo camino que recorrer para saber si en el futuro tendrá que solicitar autorizaciones a los titulares de derecho de los tatuajes para reproducirlos en los videojuegos. Muestra de ello es que la misma empresa Take-Two tiene dos pleitos pendientes que la enfrentan a artistas de tatuajes que aparecen en las reproducciones de deportistas famosos en sus videojuegos. Se trata, por una parte, del procedimiento iniciado por Jimmy Hadden, artista de tatuajes de jugadores de la NBA como LeBron James¹⁸, y por otra, del procedimiento iniciado por Catherine Alexander, que tatuó al famoso jugador de lucha Randy Orton. En este último pleito, el tribunal del distrito sur de Illionis se pronunció en resolución de septiembre de 2020¹⁹ –siendo posterior a la de Solid Oak–, y rechazó la petición de Take-Two de resolver el pleito mediante un *summary judgement*²⁰ que desestimase directamente las acciones interpuestas por Catherine Alexander. En esta ocasión, el tribunal aprecia que existen hechos controvertidos en relación con la aplicación de la regla *de minimis*, la posible licencia implícita y la defensa del *fair use*. Por ello, descarta que el *summary judgement* sea el cauce adecuado para invalidar las pretensiones de la artista Alexander y determina que sea un jurado quien decida si alguna de las líneas de defensa de Take-Two puede prosperar. Pasarán todavía meses hasta que podamos conocer

18. En este procedimiento aún no ha habido pronunciamiento sobre si existe infracción de *copyright* o no. Nótese que en este caso Jimmy Hadden no había cedido sus derechos a Solid Oak, por lo que es el artista el que demanda directamente a Take-Two.

19. *Catherine Alexander v. Take-Two Interactive*, N.º 18-CV-966-SMY, 2020 U.S. Dist. (Southern District of Illinois, Sep. 26, 2020).

20. Recordemos que el juicio sumario solo es apropiado si se puede demostrar que no existe controversia en relación con cualquier cuestión de hecho.

si el jurado comparte o no los criterios del Tribunal de Distrito en la decisión de Solid Oak.

¿Cuál será entonces el devenir de los tatuajes en la industria de videojuegos en EE. UU.? Actualmente no existe jurisprudencia suficiente para delinear una respuesta correcta e, igualmente, el potencial desarrollo de un mercado de licencias de tatuajes para los videojuegos es una incógnita. Sin embargo, el auge de juicios en esta industria –y su posible extensión a otras, como la audiovisual en sentido amplio o la de la fotografía– permite extraer al menos dos reflexiones. La primera es que aparentemente no existe controversia en reconocer que los tatuajes pueden ser obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, siempre y cuando reúnan el suficiente grado de originalidad. La segunda, de carácter práctico, es que en una época en la que el valor comercial de la imagen de los personajes famosos es cada vez más elevado y los litigios por las reproducciones de los tatuajes están en auge, es previsible o, al menos, recomendable, que cuando estos vayan a tatuarse suscriban con sus tatuadores un contrato en relación con la titularidad y licencia de uso de los tatuajes para evitar futuras controversias.

V. POSIBLES LITIGIOS POR DERECHOS DE AUTOR SOBRE LOS TATUAJES EN ESPAÑA

Como se reseñaba al inicio del artículo, los pleitos de tatuajes por derechos de autor aún no han irrumpido en España, pero es de esperar que acaben llegando también. ¿Estarían protegidos los tatuajes si reúnen un cierto grado de originalidad por la ley de propiedad intelectual española (“LPI”)? ¿Qué defensas ofrecería nuestro sistema a las empresas de videojuegos ante las eventuales acciones emprendidas por los titulares?

A priori, tal y como ocurre en EE. UU., no se ve inconveniente en que los tatuajes puedan estar protegidos por los derechos de propiedad intelectual, siempre que se alcance un nivel suficiente de originalidad. Problemática distinta es el alcance que puedan tener esos derechos en atención a las particularidades de los tatuajes.

Una de las primeras cuestiones a dilucidar sería determinar quién es el verdadero titular de los derechos. Parece claro que, si una persona acude a un centro de tatuajes y selecciona un tatuaje prediseñado, el titular será el artista que ha creado el diseño. Lo que ocurre es que a menudo las personas llegan con una idea clara del tipo de tatuaje que desean y dan instrucciones más o menos detalladas al tatuador. A veces incluso llevan sus propios diseños o fotografías. En estos casos, la dificultad radicaría en discernir quién es el verdadero titular, si el tatuador, el tatuado, o si existe una especie de régimen de cotitularidad, con las dificultades que esto plantea.

Asumiendo que en muchos de los casos el titular será el tatuador, ¿qué defensas se podrían alegar en pleitos como el estudiado de Solid Oak frente a Take-Two? Obsérvese que no hay en la LPI una excepción general como el *fair use* o la regla *de minimis*. Sí existe un catálogo cerrado de excepciones, pero ninguna de ellas parece dar cobertura al supuesto de hecho que se plantea (i.e. reproducción de obras plásticas grabadas en cuerpos humanos cuando se utilice lícitamente el derecho de imagen del personaje).

Ahora bien, el Derecho español no es ajeno a la doctrina del *ius usus inocui* (derecho al uso inocuo del derecho ajeno), que se configura como una figura a caballo entre el *fair use* o uso justo y la regla *de minimis* de EE. UU. Esta doctrina fue aplicada por el Tribunal Supremo para dirimir el sonado caso sobre si el motor de búsqueda de Google infringía derechos de autor mediante la reproducción de fragmentos de páginas web (i) al mostrarse los resultados de la búsqueda; y (ii) al permitir el acceso de los usuarios de Internet a la copia caché de la página guardada en los ordenadores de Google²¹. El demandante era el titular de una de las páginas web, y solicitaba el cese del funcionamiento del motor de búsqueda de Google. Tanto en la primera como en la segunda instancia se desestimaron todas las pretensiones del demandante²². El Tribunal Supremo vino también a rechazar las acciones de la parte demandante y resolvió que la pretensión del cierre del buscador debía considerarse prohibida por el artículo 7.2 del Código Civil, por abuso del derecho de autor o ejercicio anti-social del mismo. Aunque los límites al derecho de autor deben interpretarse restrictivamente, ello no es excluyente de la doctrina del *ius usus inocui* para permitir el uso inocuo con arreglo a los propios principios de la LPI²³.

21. Sentencia del Tribunal Supremo 172/2012, de 3 de abril de 2012.

22. En concreto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 17 de septiembre de 2008 afirmó lo siguiente sobre el catálogo de excepciones de la ley de propiedad intelectual española: “Si bien, aparentemente, la Ley parece haber seguido un listado cerrado de excepciones al ejercicio de las facultades patrimoniales derivadas de la titularidad de derechos de propiedad intelectual en el capítulo segundo de su Título III, ello admite algunas matizaciones. En primer lugar, el art. 40 bis) TRLPI, (...). Este precepto, que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que, por vía interpretativa, nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan, positiva y negativamente, en este caso los derechos de reproducción y de puesta a disposición (comunicación). Lo que en el ámbito anglosajón es la doctrina del *fair use* debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso pueden configurarse como derechos absolutos, y sus límites. En última instancia, se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el *ius usus inocui* ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas”.

23. Razona el Tribunal Supremo de la siguiente forma “(...) un sistema de protección de derechos fundado en la necesidad de autorización del titular salvo que concurra alguna de las excepciones establecidas por la ley, siguiendo el método del catálogo o lista exhaustiva, es un sistema

Al respecto, y volviendo al terreno de la interacción entre los tatuajes y su reproducción en los videojuegos como parte de la imagen de los jugadores, cabría preguntarse si a pesar de que el uso de los tatuajes en un videojuego no esté amparado por ningún límite específico, un tribunal podría aplicar la doctrina del *ius usus inocui* para permitir la reproducción no autorizada de los tatuajes en los videojuegos, toda vez que se dispone de la autorización del titular de los derechos de imagen. En la sentencia del caso Google el Tribunal Supremo destacó que concurría abuso de derecho por cuanto, al amparo de la interpretación restrictiva de los límites al derecho de autor, se pretendía perjudicar a Google sin obtener beneficio alguno, al requerirse el cierre del buscador. Pero matizó que cuestión distinta hubiese sido si el demandante solo hubiera pedido la eliminación de la copia caché o de los fragmentos de su página web, sin solicitar el cierre general del buscador. En la hipótesis de que el titular de los derechos sobre un tatuaje pidiera el cese de la reproducción del tatuaje en un videojuego y una indemnización por infracción de sus derechos de autor, vemos complicado que un tribunal español pudiera aplicar la doctrina de *ius usus inocui* o del abuso de derecho, ya que la pretensión del titular no sería la de perjudicar a la empresa de videojuegos, sino que estaría dirigida a la protección de sus derechos de autor y a la obtención, por tanto, de un beneficio propio.

Veamos pues, a falta de un límite en la LPI que permita la reproducción no autorizada de un tatuaje en un videojuego que representa los alias virtuales de unos jugadores, y la inviabilidad de aplicar la doctrina del *ius usus inocui* o del

cerrado, en el sentido de no admitir más excepciones a la necesidad de autorización que las expresamente establecidas. Sin embargo no es menos cierto que el art. 40 bis LPI, como disposición común a todas las del capítulo primero del título III, en el que se encuadra el art. 31, tiene un valor interpretativo no solo y exclusivamente negativo ('Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse...'), sino también positivo, en cuanto enuncia los principios que justifican la propia excepcionalidad de los límites o, si se quiere, la necesidad de la licencia del autor como regla general ('perjuicio injustificado a los intereses legítimos' o 'detrimento de la explotación normal de las obras'). Esto permite que la denominada regla, prueba o test 'de los tres pasos' contenida en el art. 40 bis pueda considerarse como manifestación especial en la LPI de la doctrina del ius usus inocui, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena (art. 7.1 CC), del principio asimismo general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad como derecho delimitado, lo que a su vez exige, en caso de litigio, que el tribunal analice la concreta pretensión del autor demandante para comprobar si en verdad la reproducción puede causar algún perjuicio a sus intereses 'legítimos', por remoto o indirecto que sea este perjuicio, o bien atentar contra la explotación 'normal' de su obra, o, por el contrario, favorece esos mismos intereses y esa misma explotación 'normal', pues de suceder esto último la pretensión formalmente amparada en la letra del art. 31 LPI y en el carácter cerrado de un sistema de excepciones carecerá de amparo en el ordenamiento jurídico por estar dirigida en realidad no a la protección del derecho de autor, finalidad del catálogo exhaustivo o cerrado de excepciones, sino a perjudicar al demandado no solo sin obtener el autor provecho alguno sino incluso sufriendo él mismo el perjuicio de una menor difusión de su página web'.

abuso de derecho, qué otras líneas de defensa podrían utilizar las empresas de videojuegos en este tipo de supuestos.

La legislación española regula el derecho fundamental a la propia imagen. Deberíamos comenzar por preguntarnos si cuando una persona se tatúa, ese tatuaje pasa a ser parte integrante de su imagen, al margen de cuál sea la intención del tatuador. A tal efecto, recordemos que los derechos de autor tienen su origen en la necesidad de proteger las obras originales resultado de la creación de sus autores, como forma de expresión de su propia personalidad, y de ahí la existencia de los derechos morales. Pero en el caso de los tatuajes, ¿acaso no es también una forma de expresión para la persona que se tatúa su propio cuerpo? ¿Qué debe primar, la forma de expresión del artista o la del propio tatuado?

En mi opinión, debe primar el derecho a la propia imagen del tatuado, que integraría el tatuaje. La integración del tatuaje en la imagen del tatuado tendría consecuencias en el plano de la propiedad intelectual: si bien el tatuado no obtendría de forma genérica todos los derechos de explotación sobre el tatuaje (a modo de ejemplo, no podría autorizar a otro tatuador a copiar el diseño del tatuaje), sí adquiriría una licencia no exclusiva para el uso del tatuaje ligado a su imagen. En cierta forma, creo que concurriría una especie de licencia implícita, tal y como reconoce el Tribunal de Distrito en la sentencia de marzo de 2020, pero con un punto adicional: salvo pacto expreso en contrario, se debe entender que el tatuado adquiere una licencia de uso de los tatuajes siempre que estos se utilicen como parte de su imagen, al margen de cuál fuese la intención del tatuador. Por tanto, si el tatuado autoriza a terceras empresas para la reproducción de su imagen, las empresas estarán autorizadas también para recrear los tatuajes como parte de la imagen de aquel.

Cuando se redactó la LPI no se contempló la posible existencia de conflictos entre los derechos de autor del tatuador y el derecho a la propia imagen del sujeto tatuado (probablemente ni siquiera se pensaba en los tatuajes como posibles obras generadoras de derechos de propiedad intelectual). Sin embargo, podemos acudir a algunas reglas, presentes en nuestra Ley, que pueden servir de apoyo a lo sostenido en el párrafo anterior. Así, el artículo 56.1 de la LPI prevé que el adquirente de la propiedad del soporte al que se haya incorporado la obra no tendrá, por ese solo título, ningún derecho de explotación sobre la obra. A continuación, el artículo 56.2 introduce una excepción en el campo de las obras plásticas y fotográficas: el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá al menos el derecho de exposición pública de la obra, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. Vemos cómo la propia LPI establece una presunción de cesión de derechos de explotación a favor del adquirente cuando estos derechos son intrínsecos

a la titularidad sobre el soporte de la obra y connaturales a la utilización del mismo por su propietario. Por analogía, podría entenderse que, en el caso de los tatuajes y salvo pacto expreso en contrario, el tatuado –obviamente titular del “soporte original” de la obra– adquiriría el derecho de uso del tatuaje como parte de su propia imagen (derecho fundamental de la personalidad), comprendiendo también la facultad de sublicenciarlo a aquellos terceros que se hayan hecho licenciar el derecho sobre su imagen para reproducirla, por ejemplo en un videojuego.

En fin, adicionalmente, los tatuajes serían por definición obras de encargo. La LPI no contempla una regulación para este tipo de obras, salvo una mención en el artículo 59.2 de la LPI para destacar que el encargo de una obra no es objeto del contrato de edición. Tenemos que acudir de nuevo a la interpretación de distintos artículos de la LPI y de su finalidad para averiguar qué derechos se pueden suponer cedidos en las obras de encargo a falta de una cesión expresa.

Aunque un sector de la doctrina cree que la persona que encarga la obra no adquiriría ningún derecho de propiedad intelectual sobre esta, otros autores consideran que, a falta de regulación del régimen de derechos de propiedad intelectual en una obra de encargo, cabe atender a la voluntad implícita de las partes para inferir cuáles son los derechos que necesitaría el comitente para explotar la obra y, en consecuencia, los derechos a los que alcanzará la cesión derivada del encargo²⁴. En mi opinión, es esta segunda interpretación la que debe prevalecer por coherencia con el conjunto del articulado de la LPI, y en particular, con el artículo 43.2²⁵.

Aplicando esta interpretación del régimen de cesión de derechos en las obras por encargo a los tatuajes, cabe asumir que cuando una persona se hace grabar un tatuaje, su intención implícita no es ocultar su tatuaje, sino exhibirlo como parte de su propia imagen. Esto cobra aún más relevancia cuando la persona a la que se tatúa es un personaje famoso, cuya imagen es divulgada a través de una variedad de medios. En consecuencia, la consideración del

-
24. Vid., por todos, R. SÁNCHEZ ARISTI, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz), 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 2017, pág. 1042-1043, quien indica: “Esta solución, que se basa en una interpretación del contrato de encargo acorde con la finalidad perseguida por las partes (vid. art. 1.282 CC), con independencia de que se haya manifestado o no expresamente, se coherente con lo previsto en el segundo inciso del artículo 43.2, y es coherente no solo con el artículo 21 LGP, o con el artículo 59.2 LPI, sino también con el artículo 88 LPI, y en último extremo con lo que se deriva del propio artículo 59.2 LPI, que ha querido dejar claro que el encargo de obra no será objeto del contrato de edición, pero que no dice, ni permite inferir, que el comitente de la obra no adquiera ningún derecho de explotación como consecuencia del encargo”.
25. Conforme al cual “si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo”.

tatuaje como obra de encargo vendría a reafirmar la tesis de que, salvo pacto en contrario, el tatuado adquiere una licencia de uso del tatuaje como parte de su imagen, y podrá autorizar a su vez este uso a terceros que quieran reproducir su imagen, bien sea por una toma de imagen real mediante un vídeo o una fotografía, bien sea por una reproducción fiel del personaje a través de un videojuego, un retrato o una película animada. En todos estos escenarios el tatuaje se funde con la propia imagen de la persona tatuada como expresión de su personalidad y la reproducción de su imagen comportará también, inevitablemente, la de sus tatuajes.

Con todo, y como ya adelantábamos, no puede dejar de señalarse que el tatuador conservaría sus derechos de autor siempre que el uso del tatuaje no estuviese ligado directamente a la imagen del tatuado. Así, si se utiliza el diseño del tatuaje en otro contexto que no sea el de aparecer en la piel de la persona tatuada, el artista sí que tendría margen para reclamar sus derechos exclusivos. A modo de ejemplo, si otro artista quiere tatuar los diseños de tatuajes de personajes famosos a otras personas, tendría que adquirir previamente una licencia por parte del titular de los derechos del diseño del tatuaje original. Lo mismo si se quisiera hacer *merchandising* del tatuaje aislado: debería solicitarse autorización al titular.

Habría que esperar a ver en qué términos se plantean los litigios sobre tatuajes en España a medida que comiencen a producirse. En mi opinión, los conflictos de derechos de autor sobre los tatuajes han llegado para quedarse, pues son patentes los intereses económicos que subyacen en torno a ellos. Atrás queda, desde luego, aquella etapa en la que se llegaba a cuestionar que los tatuajes pudieran protegerse por derechos de autor. Mientras descubrimos qué tratamiento se les brinda tanto en España como en otras jurisdicciones europeas, permaneceremos atentos a cómo se sigue configurando la interacción entre el *copyright*, los tatuajes y los derechos de imagen en EE. UU., país pionero en este tipo de litigios. Como afirmó el célebre explorador inglés James Cook, “la universalidad de los tatuajes es un tema curioso para la especulación”. Siglos después, si bien en otro contexto, este tipo de obras de arte sigue ofreciendo terreno para la especulación, también desde el punto de vista de su protección jurídica.

El mercado del arte en el año del COVID-19, el Brexit y los movimientos sociales

TERESA GARCÍA-BARRERO

Abogada. Graduada del programa LL.M. de la Universidad de Columbia

SUMARIO: I. IMPACTO DEL COVID-19 EN EL MERCADO DEL ARTE. 1. *Museos*. 2. *Galerías*. 3. *Casas de subastas*. 4. *Nuevos modelos de negocio*. II. BREXIT. III. MOVIMIENTOS SOCIALES.

El 2020 será recordado, sobre todo, como el año del COVID-19. La pandemia ha tenido un transcendental impacto en casi todas las industrias, y la industria del arte no ha sido una excepción. Los inconvenientes evidentes derivados de la imposibilidad de llevar a cabo actividades presenciales han resultado en notables pérdidas económicas para el sector del arte. Sin embargo, los distintos agentes involucrados en el mercado del arte han demostrado una admirable capacidad de adaptación, y de ella han surgido nuevos modelos de negocio que parecen haber llegado para quedarse en el largo plazo. Se trata de métodos de exhibición, interacción y compraventa de arte online que, no sólo han permitido mantener la relación con clientes habituales, sino que han traído consigo la aparición de una nueva clientela a la que no se alcanzaba, o se alcanzaba de forma débil, a través de los canales tradicionales de distribución: principalmente, la conocida generación *millennial*. Una generación que se siente cómoda con las transacciones telemáticas.

Al margen del COVID-19, el 2020 ha sido también el año del Brexit. El año en el que el Reino Unido, el mercado de arte más importante de Europa con gran diferencia, ha abandonado la Unión Europea y se ha emancipado del régimen normativo que compartía con el resto de Estados miembros.

Finalmente, el 2020 también ha sido un año particularmente marcado por las reivindicaciones de carácter social. Especialmente en EE. UU., movimientos como el *Black Lives Matter* se han hecho resonar con fuerza, exigiendo mayor conciencia y responsabilidad social a las empresas, sobre todo a aquellas dedicadas al sector cultural.

Todo ello permite apuntar a que el mercado del arte ha experimentado una transformación sin precedentes durante el 2020, y esa transformación no parece ser un parche adherido para remediar una anómala situación puntual, sino una mutación permanente hacia nuevas formas de operar en el mercado.

I. IMPACTO DEL COVID-19 EN EL MERCADO DEL ARTE

Del 26 de febrero al 1 de marzo de 2020, el recinto ferial IFEMA de Madrid celebró la feria internacional ARCO, con la participación de 210 galerías provenientes de 30 países¹. El 23 de marzo de ese mismo 2020, IFEMA se transformó en un hospital de emergencia que ha asistido a 4.000 pacientes del COVID-19². Donde semanas atrás visitantes de todo el mundo recorrían los pabellones del recinto admirando y adquiriendo importantísimas obras de arte e instalaciones artísticas (si bien en menor medida que en ediciones anteriores, ya que el miedo a la pandemia ya había comenzado a instaurarse), en cuestión de semanas el país cerraba sus fronteras y llenaba ese mismo recinto con camillas que recibirían a los afectados por la mayor pandemia del último siglo.

Este ejemplo es un fiel reflejo del profundo cambio que ha experimentado la sociedad en el año 2020, y del giro drástico sufrido en el sistema de prioridades de la población en general y los gobiernos en particular. Sin duda, la principal prioridad del año ha sido la contención de la pandemia y la protección de la salud pública, por lo que todos los demás intereses, entre ellos la cultura, han quedado postergados a un segundo plano. El descenso de actividad ha traído consecuencias desafortunadas para incontables agentes operantes en el sector, desde los propios artistas, hasta transportistas, proveedores, asesores y organizadores de eventos, entre muchos otros. De todos ellos, a continuación repasaremos la adaptación a la que se han visto abocados tres tipos de agentes intervinientes en el mercado del arte: los museos, las galerías y las casas de subastas.

1. Arte Informado, “Nota de prensa ARCO 2020” https://static.arteinformato.com/resources/app/docs/evento/10/171610/ar_20_arcomadrid.pdf.
2. El Mundo, “El hospital de Ifema echa el cierre tras atender a 4.000 pacientes con coronavirus entre críticas por el falso optimismo”, 2020, <https://www.elmundo.es/madrid/2020/05/01/5eabe48621efa073688b459d.html>.

1. MUSEOS

Los museos han sido uno de los intervinientes en el mercado del arte más afectados por la pandemia. Estas instituciones originariamente se concibieron con el propósito de ofrecer al público la exhibición presencial de obras de arte. Por tanto, la venta de entradas al público supone una importante fuente de ingresos para la gran mayoría de ellas.

La pandemia provocó que en abril cerraran sus puertas casi todos los museos del mundo³ y, casi un año más tarde, las progresivas reaperturas se mantienen con una limitación de aforo. La Red de Organizaciones de Museos en Europa (NEMO, por sus siglas en inglés) documentó y analizó el impacto económico de la pandemia en un informe (Informe final sobre el impacto del COVID-19 en los Museos de Europa, el “Informe Nemo”)⁴. Tres de cada cinco museos encuestados por la organización desvelaron haber perdido una media de 20.300 € semanales debido al cierre de sus puertas al público. Aquellos más grandes y localizados en áreas turísticas declararon unas pérdidas semanales que suman cientos de miles de euros. Asimismo, los museos con mayor dependencia de una financiación privada frente a una financiación pública se mostraron más vulnerables a las consecuencias de la pandemia. El Informe NEMO también indica que, si bien no se han producido importantes despidos de personal, tres de cada diez museos encuestados han suspendido los contratos con trabajadores autónomos.

Ante este panorama, las instituciones han acudido a la creatividad para aumentar su oferta digital en aras de encontrar nuevas fuentes de ingresos y luchar por su supervivencia en el mercado. El Informe NEMO concluye que cuatro de cada cinco museos han aumentado sus servicios digitales durante la pandemia. En concordancia, una encuesta realizada por el consejo internacional de museos (ICOM, por sus siglas en inglés)⁵ indica que las actividades de comunicación digital aumentaron para al menos el 15% de los museos y, en particular, las actividades en las redes sociales aumentaron para más de la mitad de ellos.

Los canales digitales se han utilizado para fomentar iniciativas en redes sociales, tales como recorridos virtuales de los museos o eventos transmitidos en vivo. A título ilustrativo, museos como Hastings Contemporary y Van Abbe

3. ICOM, “Informe. Museos, profesionales de los museos y COVID-19”, 2020, p. 2, <https://icom.museum/wp-content/uploads/2020/05/Informe-museos-y-COVID-19.pdf>.

4. NEMO, “Survey on the impact of the COVID-19 situation on museums in Europe. Final Report”, 2020, https://www.ne-mo.org/fileadmin/Dateien/public/NEMO_documents/NEMO_COVID19_Report_12.05.2020.pdf.

5. ICOM, “Informe. Museos, profesionales de los museos y COVID-19”, *cit.* 3, p. 2.

han organizado recorridos robotizados mediante el pago de un precio de entrada⁶. Por su parte, el Museo Mattatuck, en el estado de Connecticut, pasó a versión online su evento *April Murder Mystery* (un juego de misterio de asesinato), monetizado a través de la venta de entradas a los asistentes del evento virtual⁷.

Otras formas de generar ingresos consisten en la introducción de un nuevo “nivel” de membresía que ofrece mayor oferta digital, tales como conferencias y otros eventos digitales solo para miembros, o el acceso a archivos privados del museo a cambio del pago de un precio. También ha aumentado el número de clases virtuales ofrecidas online e incluso se han comenzado a ofertar campamentos de verano virtuales para niños (por ejemplo, los campamentos de arte virtual organizado por el Museo Bass de Arte en Miami⁸).

En España, como muestra, el Museo del Prado ha creado una serie de cursos de Historia del Arte online mediante el cobro del precio de la matrícula. También ha lanzado la serie de vídeos *Descubriendo la Colección*, en la que especialistas de varias áreas resaltan obras de la colección permanente del museo que no suelen recibir tanta atención como otras obras más emblemáticas. El Museo Thyssen también ha organizado conferencias y cursos online (recientemente los cursos *Música para la colección* o *Experimenta Bauhaus*, por ejemplo⁹). Asimismo, se ha embarcado en iniciativas educativas online para los más jóvenes, a través de videojuegos de simulación social que permiten construir experiencias digitales desde el arte¹⁰.

Tras la reapertura de los establecimientos, una potencial fuente de ingresos sigue siendo celebrar eventos y visitas corporativas, que se mantienen si bien con limitación de aforo y con medidas de seguridad reforzadas. Algunos museos han recurrido a la organización de galas virtuales para recaudar fondos¹¹. Destaca entre otras la gala virtual organizada por el Museo de Arte de Newport, que incluso incluyó una cena gourmet enviada al domicilio de cada asistente¹².

6. American Alliance of Museums, “How Museums Can Generate Revenue Through Digital Content and Virtual Experiences” (2020), <https://www.aam-us.org/2020/07/22/how-museums-can-generate-revenue-through-digital-content-and-virtual-experiences/>.
7. American Alliance of Museums, “How Museums Can Generate Revenue Through Digital Content and Virtual Experiences”, *cit.* 6.
8. The Bass, <https://thebass.org/education/art-camps/>.
9. Museo Thyssen, <https://www.museothyssen.org/actividades>.
10. Museo Thyssen, https://www.educathyssen.org/buscar/etiqueta/12428?key=&fecha_inicio=&fecha_inicio_actuales=&fecha_fin_actuales=&fecha_fin_pasadas=&page=1.
11. ICA Boston, <https://www.icaboston.org/events/virtual-ica-gala>.
12. What’s Up Newp, “Newport Art Museum’s Artists’ Ball Fundraiser reimagined to be Gala At Home”, 2020, <https://whatsupnewp.com/2020/05/newport-art-museums-artists-ball-fundraiser-reimagined-to-be-gala-at-home/>.

2. GALERÍAS

En una industria marcadamente lenta a la hora de acoger a las nuevas tecnologías, el 2020 se caracteriza por la digitalización de la venta de arte. Según el informe *El mercado mundial del arte y el Covid-19. Innovando y adaptando*, elaborado por Citi GPS¹³ (el “Informe Citi”), en 2019 la venta de arte online representaba un 7,5% de las ventas globales (alrededor de 4.000 millones de euros), y no se anticipaba un gran crecimiento en este ámbito. No obstante, la pandemia provocó un cambio radical en el mercado del arte, marcado por la imperante necesidad de adaptación de galerías y casas de subastas. Las instituciones se vieron obligadas al cierre de sus puertas al público, las ferias internacionales se pospusieron o fueron cambiadas al entorno virtual e importantes subastas tuvieron que ser postergadas. La respuesta del sector fue una rápida adaptación y “digitalización”, gracias a la cual el impacto negativo de la pandemia ha sido algo más atenuado de lo que cabía anticipar. Las pérdidas fueron menos acentuadas en el caso de las galerías que pasaron al plano digital. Según los estudios citados por el Informe Citi, las ventas online representaban el 10% del total de ventas de galerías en 2019, porcentaje que subió a un 37% en el 2020.

Al margen de la exhibición de obras de arte en sus propios locales, para las galerías también juegan un papel muy relevante las ferias internacionales de arte. Durante la última década, las ferias internacionales se han convertido en un importante foco de ventas, llegando a representar el 30% de los ingresos anuales de los comerciantes en el año 2019¹⁴. Por tanto, los participantes de las ferias más renombradas no quisieron renunciar a su celebración y optaron por acomodarlas al entorno digital. Esta nueva modalidad virtual de celebrar ferias se caracteriza por los significativos recursos adicionales que brinda al público. En concreto, las ferias virtuales ofrecen mayor información sobre los artistas y cada una de sus obras y, lo que es más importante, genera una gran transparencia respecto del precio. Este formato de feria también permite incluir videos, guardar y compartir obras favoritas y filtrar las obras por tipología. Permite al comprador una reflexión más sosegada antes de tomar la decisión de adquirir una obra y faculta a las galerías para ofertar obras de gran tamaño que de otro modo no podrían ser exhibidas en el limitado espacio de su cabina ferial. Las ferias se celebraron con gran éxito y, al contrario de lo que podía anticiparse, se presenciaron ventas millonarias.

13. Citigroup, “Citi GPS: The Global Art Market and COVID-19”, 2020, p. 3, <https://ir.citi.com/TZcdaQkOqGdZT%2FJy04d3pvAs3gFvZkt7qpGWodVWqsjjFdt7nrjp2rQtRa9LIE7qukHUGfcquug%3D>.

14. Clare McAndrew, “The Art Market 2020, An Art Basel and UBS Report”, 2020, p. 193, https://d2u3kfw92fzu7.cloudfront.net/The_Art_Market_2020-1.pdf.

En marzo de 2020, Art Basel Hong Kong celebró su feria anual de forma completamente virtual. La misma línea fue seguida por la Feria de Arte Frieze en Nueva York y por Art Basel en Suiza. Esta última celebró su 50 aniversario con la participación online de 282 galerías, con una oferta de obras de arte estimada en mil millones de dólares (su homóloga en Hong Kong reunió un valor de obras estimado en 270 millones de dólares)¹⁵. Entre las ventas más importantes destacan la pintura *The Press of Democracy* (2020) del artista Mark Bradford, que se vendió por 5 millones de dólares¹⁶. La obra fue ofertada por la Galería Hauser & Wirth, que también participó en el Frieze Art Fair. En esta última feria, la citada galería anunció una recaudación de 15 millones de dólares en el primer día de su celebración¹⁷. También destaca la escultura *Balloon Venus Lespugue Red* (2013-19) de Jeff Koons vendida por 8 millones de dólares (alrededor de 6.6 millones de euros) por la galería David Zwirner. Esta galería también vendió *Pastel* (1991) de Joan Mitchell por más de un millón de dólares (más de 822 mil euros) y *City* (1928/1936) de Josef Albers por un millón de dólares.

Otros ejemplos de galerías que celebraron importantes ventas fueron Anthony Meier Fine Arts con la venta de *Untitled (87-33)* (1987) de Donald Judd por 1.85 millones de dólares (aproximadamente un millón y medio de euros), White Cube, que vendió la pintura de Georg Baselitz *Komplementär bräunlich* por alrededor igualmente de un millón y medio de euros, o la Galerie Thaddaeus Ropac, que vendió la obra de Georg Baselitz *Elke in Frankreich II* (2019) por 1.2 millones de euros.

Ello pone de manifiesto que el adquirente de arte no teme la compra online, aunque algunas galerías indican que las ventas más importantes suelen realizarse a coleccionistas ya familiarizados con las obras del artista. Para evitar el recelo a adquirir obras sin una previa visualización física, ciertas galerías, como Sikkema Jenkins & Co, permiten a compradores reservar una obra online y posteriormente acudir a la galería para ver la obra en persona antes de finalizar la venta¹⁸. También destaca el incremento de nuevos coleccionistas jóvenes (menores de 40), que se sienten cómodos con las transacciones telemáticas e incentivados a participar en el mercado del arte ahora que dichas transacciones se acomodan a sus hábitos online¹⁹.

15. Artsy, "What Sold at Art Basel in Basel Online", 2020, <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-sold-art-basel-basel-online>.

16. Citigroup, "Citi GPS: The Global Art Market and COVID-19", cit. 13, p. 35.

17. Citigroup, "Citi GPS: The Global Art Market and COVID-19", p. 36.

18. Artsy, "What Sold at Art Basel in Basel Online", cit. 15.

19. Artsy, "The Most Expensive Artworks Sold in 2020", 2020 <https://www.artsy.net/series/expensive-artworks-sold-auction/artsy-editorial-expensive-artworks-sold-2020>.

3. CASAS DE SUBASTAS

Sotheby's y Christie's han reportado un descenso del 27% en sus ventas por subasta durante el año 2020²⁰. Aunque se trata de un decrecimiento importante, la cifra habría sido muy superior si las casas de subastas no hubiesen adoptado una rápida estrategia para aprovechar las herramientas digitales a su disposición. Sotheby's fue pionera con su subasta de arte moderno y contemporáneo celebrada el 29 de junio por vía *livestream*, que generó unos ingresos de 363.2 millones de dólares (unos 298.6 millones de euros), agotando el 93% de lotes a la venta. Es de destacar que la venta en esta modalidad *livestream* tuvo una duración considerablemente más alta que aquella de las subastas presenciales, lo cual es un indicador de que las pujas telefónicas son más lentas que las presenciales²¹. Seguidamente, Christie's celebró una subasta virtual que recaudó 420 millones de dólares (aproximadamente 345 millones de euros) y a la que acudieron más de 80.000 personas²². Esta capacidad de adaptación a la nueva realidad supuso un salto en la venta por subasta online, con el resultado de que las ventas online de Sotheby's, Christie's y Phillips entre enero y agosto de 2020 ascendieron a 529.7 millones de dólares (435.8 millones de euros) mientras que en los doce meses de 2019 las ventas online se habían limitado a 168.2 millones de dólares (138.4 millones de euros).

Entre las subastas de mayor importe del año 2020 se encuentran *Triptych Inspired by the Oresteia of Aeschylus* (1981) de Francis Bacon, vendida por Sotheby's Nueva York en junio por un importe de 84.55 millones de dólares (69.55 millones de euros)²³, el pergamino de caligrafía china antigua *Ten Views of Lingbi Rock* (1610) vendida por Beijing Poly Auction en octubre por más de 75 millones de dólares (más de 60 millones de euros) y la obra de Roy Lichtenstein, *Nude with Joyous Painting* (1994) vendida por Christie's Nueva York en julio por más de 46 millones de dólares (más de 37 millones de euros). Por su parte, Phillips Nueva York protagonizó la importante venta del Hockney *Nichols Canyon* (1980) que superó la cifra de 41 millones de dólares (33,7 millones de euros)²⁴. Es indiscutible que las casas de subastas establecidas en Nueva York mantienen el liderazgo en ventas.

Por último, otra consecuencia de la pandemia fue que algunas grandes fortunas gravemente impactadas por la crisis económica subyacente se vieron

20. Artsy, "The Most Expensive Artworks Sold in 2020", *cit.* 19.

21. Citigroup, "Citi GPS: The Global Art Market and COVID-19", *cit.* 13, p. 3.

22. Citigroup, "Citi GPS: The Global Art Market and COVID-19", *cit.* 13, p. 3.

23. Artsy, "The Most Expensive Artworks Sold in 2020", *cit.* 19.

24. Artsy, "The Most Expensive Artworks Sold in 2020", *cit.* 19.

obligadas a desprenderse de sus colecciones de arte para obtener liquidez. La venta de obras en estas condiciones es conocida en inglés con el término “distress sales” o “venta apresurada”. Este fue el caso de, por ejemplo, varias obras de la British Airways Collection vendidas por Sotheby’s por un total de 2.2 millones de libras (unos 2.5 millones de euros)²⁵. La venta incluyó obras de artistas como Bridget Riley, Terry Frost, Damien Hirst y George Shaw²⁶. Sotheby’s también se hizo cargo de la venta de varias obras del propietario de la empresa Revlon, D. Ronald Perelman, entre las que se encontraban prestigiosas obras de, entre otros, Miró y Matisse²⁷.

4. NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO

Al margen de los tradicionales canales de venta, o incluso de la venta online estándar, nuevas (o novísimas) tecnologías como son la inteligencia artificial o la realidad virtual, están obteniendo un papel protagonista en el mercado. También adquieren cada vez mayor importancia las *Online Viewing Rooms* (OVR), salas de visionado en línea a través de herramientas tridimensionales que permanecen abiertas por periodo limitado²⁸.

Entre otras iniciativas, destaca ARTMYN²⁹, una start-up especializada en la realidad virtual aplicada al arte, que permite experimentar obras de arte a un nuevo nivel desde los dispositivos móviles. La start-up también genera un “pasaporte biométrico” de las obras de arte a través de una sofisticada huella digital que contiene toda la información necesaria para proteger la obra, y que puede ser compartida con otros intervinientes en el mercado. Entre otra información, se incluyen certificados, extractos del catálogo de la venta y datos relativos a la proveniencia de la obra. Otra iniciativa interesante es la de Acute Art³⁰, orientada a la exhibición de obras de arte a través de realidad virtual, realidad aumentada y realidad mixta. Han trabajado con artistas como Mariana Abramovic, Anish Kapoor y Jeff Koons y ofrecen una app móvil a través de la cual los usuarios pueden interactuar con obras renombradas. Entre otras

25. London Air Travel, “British Airways Sells Art Works For £2.2m” (2020), disponible a partir de <https://londonairtravel.com/>.

26. Sotheby’s, “Art from the British Airways Collection” (2020), <https://www.sothebys.com/en/articles/art-from-the-british-airways-collection>.

27. Artsy, “Billionaire Ronald Perelman is selling works by Matisse and Miró at Sotheby’s upcoming London auction” (2020), <https://www.artsy.net/news/artsy-editorial-billionaire-ronald-perelman-selling-works-matisse-miro-sothebys-upcoming-london-auction>.

28. *Vid.* por ejemplo: el sitio web “Online Viewing Room”, <https://onlineviewingroom.com/> o las OVR ofrecidas por Artsy: <https://www.artsy.net/viewing-rooms>.

29. Artmyn, <https://artmyn.com/#home>.

30. Acute Art, <https://acuteart.com/about/>.

funciones, la app permite al usuario introducir virtualmente en su salón obras o instalaciones de arte de varios artistas, y capturar fotografías que simulan estar en presencia de las obras. La plataforma VR All Art permite crear exhibiciones de arte utilizando la realidad virtual. El usuario, desde su teléfono u ordenador, navega distintas salas de la exhibición que haya sido curada por el organizador y puede obtener información adicional sobre cada obra que seleccione.

La galería Hauser & Wirth lanzó su primera exhibición de realidad virtual en abril de 2020, mediante la que se pudo visitar el nuevo centro de arte en Menorca que abrirá sus puertas en 2021³¹. En esta ocasión, la galería se apoyó en su propia tecnología ArtLab, una nueva división creada para el desarrollo de tecnologías tendentes a ofrecer exhibiciones a través de la realidad virtual. Como último ejemplo, con un menor componente de tecnología avanzada, pero lanzada con gran creatividad por dos españolas en Nueva York, se sitúa la iniciativa La Pera Projects³². Consiste en la primera plataforma de coleccionismo que emplea la red social Whatsapp como principal canal de distribución. Cada dos semanas se presenta un nuevo artista a través de dicha app, se introduce su trayectoria y se ofrecen cinco obras a la venta a precios accesibles (siempre inferiores a 600 dólares, i.e. 495 euros).

II. BREXIT

En el año 2019 la cuota mundial del mercado del arte de la Unión Europea, medido en valor de ventas, era del 32%. Sin embargo, un 20% de esa cuota había sido generada en Reino Unido, estado sin cuya participación la Unión Europea habría visto su cuota reducida a un 12%³³. Hasta el 31 de diciembre de 2020 (fin del periodo transitorio del Brexit) las obras de arte europeas contaban, en su condición de mercancía, con libertad de movimiento entre la UE y el Reino Unido, con restricciones mínimas y escasa burocracia de aduanas. No obstante, ese periodo de gracia ha finalizado y los intermediarios del arte se enfrentan ante una serie de dudas cuya respuesta ha de hacerse esperar a que tanto el Reino Unido como los distintos Estados miembros regulen medidas específicas que marcarán el destino del mercado del arte tras la consumación de la separación.

Hasta ahora el Reino Unido era el punto de entrada de obras a la UE, ya que contaba con el tipo impositivo de IVA sobre esos bienes más bajo de la

31. Hauser & Wirth, <https://www.vip-hauserwirth.com/online-exhibitions/hauser-wirth-menorca-in-vr/>.

32. La Pera Projects, <http://www.laperaprojects.art/>.

33. Clare McAndrew, "The Art Market 2020, An Art Basel and UBS Report", *cit.* 14, p. 17.

Unión: un 5%³⁴ (a contrastar con el homólogo en España, que oscila entre un 10% y un 21%³⁵). Una vez introducida la obra en el Reino Unido, ésta podía circular libremente (salvo en casos de sujeción a restricciones por razones de protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional) por el resto de Estados miembros. Ese panorama hacía del mercado británico un lugar muy atractivo para la adquisición inicial de obras y su posterior desplazamiento al lugar europeo del comprador. Sin embargo el escenario descrito ha cambiado. Algunas de las consecuencias más inmediatas del Brexit son que el Reino Unido ha dejado la unión aduanera de la UE, con el consecuente aumento de formalidades y restricciones en materia de bienes culturales para la importación y exportación en ambas direcciones; y el Reino Unido se ha desvinculado de la regulación de la UE en materia de IVA. Como respuesta a esta situación, en enero de 2021 los medios de comunicación anunciaron que obras de arte valoradas en millones de euros habían abandonado el Reino Unido frente a la incertidumbre del régimen al que quedarán sujetas en el nuevo esquema europeo³⁶. Estados como Francia no han tardado en reaccionar ante la oportunidad de sustituir a sus vecinos ingleses como nuevo puerto de entrada de obras de arte a la UE. Así, el 1 de enero de 2021, el día en el que el Reino Unido abandonó la UE, Francia, segundo país europeo con el tipo impositivo en materia de IVA más bajo (5,5%), aumentó los umbrales para los que se requiere un “pasaporte” de exportación a 300.000 euros para pinturas de más de 50 años de antigüedad y a 100.000 euros para esculturas³⁷.

Sin embargo, hay quienes opinan que, tras el Brexit, los comerciantes de arte evitarán la UE al completo y el Reino Unido saldrá nuevamente victorioso³⁸. Los motivos que se exponen para esa predicción son que el país se libera de las restricciones regulatorias que lo encadenaban cuando era miembro de la UE, sobre todo aquellas en materia de importación y exportación³⁹,

34. *Vid.* Art Business Info. For Artists, disponible a partir de <https://www.artbusinessinfo.com/>.

35. *Vid.* arts. 90 y 91.4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

36. Bloomberg, “Millions of Dollars of Artworks Left U.K. Before Brexit Cutoff”, 2021, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-01-13/millions-of-dollars-of-artworks-left-u-k-before-brex-it-cutoff>.

37. The Art Newspaper, “Can Paris snatch the art market crown from London?”, 2021, <https://www.theartnewspaper.com/comment/can-paris-snatch-the-art-market-crown-from-london>.

38. Artsy, “Why Brexit is a Golden Opportunity for the U.K. Art Market”, 2018, <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-brex-it-golden-opportunity-uk-art-market>.

39. *Vid.* Reglamento (CE) n.º 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales, Reglamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la introducción y la importación de bienes culturales, y 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

así como la obligación de reconocer el derecho de participación o *droit de suite* de los artistas y sus herederos⁴⁰. Dicho derecho legitima a los artistas o sus herederos a percibir una participación en la reventa de sus obras de arte originales, siempre que en la transacción de compraventa intermedien profesionales. Es posible que, sin la obligación impuesta por la UE, el Reino Unido se desvincule del reconocimiento de este derecho, obligatorio para el resto de Estados miembros, y flexibilice su normativa en materia de importación y exportación, convirtiéndose en un mercado de arte aún más atractivo, capaz de competir con otros sistemas más laxos en cuanto a formalidades como el de EE. UU. Sólo el tiempo y las estrategias que decidan adoptar los diferentes legisladores permitirán ver quiénes en el mercado del arte salen mejor y peor avenidos como consecuencia de la partida del Reino Unido de la Unión Europea.

III. MOVIMIENTOS SOCIALES

En último lugar, el 2020 destaca por la relevancia que han adquirido las reivindicaciones de carácter sociales en occidente. Esas reivindicaciones se han impuesto sobre instituciones tanto públicas como privadas y, con gran impacto, sobre el sector cultural. Aunque el arte lleva tiempo siendo un medio de expresión de reivindicación social por parte del artista, este año ha sido el público el que ha exigido un cambio en el paradigma del sector. En julio de 2020 el periódico *The New York Times* calificaba el movimiento *Black Lives Matter* como “tal vez el mayor movimiento en la historia de los EE. UU.”⁴¹. Se calcula que entre 15 y 26 millones de estadounidenses participaron en más de 4.700 manifestaciones por la muerte de George Floyd y otros durante el mes de junio⁴². Estas protestas tuvieron eco en las redes sociales de todo el mundo. Lo que comenzó como un movimiento de condena a la actividad policial de los EE. UU., terminó por extenderse a reivindicaciones acerca de la inclusión, la diversidad y la narrativa histórica en el sector cultural.

A modo ilustrativo, en junio de 2020 el Museo de Historia Natural de Nueva York anunció que retirará la estatua del presidente Theodore Roosevelt que tutela su entrada, tachado por las reivindicaciones de símbolo de colonialismo

salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012.

40. *Vid.* Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.
41. *The New York Times*, “Black Lives Matter May Be the Largest Movement in U.S. History”, 2020, <https://www.nytimes.com/interactive/2020/07/03/us/george-floyd-protests-crowd-size.html>.
42. *Id.*

y racismo⁴³. En julio, el Congreso de los Estados Unidos votó a favor de la retirada de varias estatuas de personajes participantes en la Confederación estadounidense⁴⁴.

En otras latitudes han sido los propios manifestantes los que retiraron estatuas de vías públicas con sus propias manos. Esto ocurrió por ejemplo en Amberes, donde varios manifestantes vandalizaron una estatua del rey belga Leopoldo II, por la intervención de sus tropas en el Congo a finales del siglo XIX. Tras las protestas, la estatua fue finalmente retirada por las autoridades. Algo similar sucedió en Inglaterra, que vio cómo la estatua de un mercader de esclavos del siglo XVII fue retirada por manifestantes de la ciudad de Bristol, exigiendo de las autoridades del país que reconsideren los elementos más discriminatorios de su historia⁴⁵. Estas repercusiones se siguen notando en 2021. Así, en enero de este año la ciudad de Londres anunció la retirada de estatuas de varios políticos vinculados a la esclavitud⁴⁶.

Muchos museos respondieron al movimiento mediante la publicación de mensajes de apoyo en sus redes sociales (incluido el cese de actividad en redes durante el conocido como *Blackout Tuesday*⁴⁷). Varios de ellos lanzaron mensajes indicando que revisarán sus políticas internas para promocionar la inclusión entre sus empleados y la diversidad en las exhibiciones de arte que ofrezcan en el futuro, y algunos incluso se replantean examinar la proveniencia de obras expoliadas que albergan en sus fondos. De momento el sector público ha sido más rápido en tomar medidas reales que el privado, pero es posible que el resultado de esta toma de conciencia se manifieste más plenamente en ambos sectores durante los próximos años.

43. The New York Times, “Roosevelt Statue to Be Removed From Museum of Natural History”, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/21/arts/design/roosevelt-statue-to-be-removed-from-museum-of-natural-history.html>.

44. The New York Times, “House Votes to Remove Confederate Statues From U.S. Capitol”, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/07/22/us/politics/confederate-statues-us-capitol.html>.

45. The New York Times, “How Statues Are Falling Around the World”, 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/24/us/confederate-statues-photos.html>.

46. The Art Newspaper, “City of London to remove statues of politicians with slavery links”, 2020, <https://www.theartnewspaper.com/news/slave-trade-statues-in-historic-city-of-london-headquarters-to-be-taken-down>.

47. Harper’s Bazaar, “What is #Blackout Tuesday? Here’s Everything You Need to Know”, 2020, <https://www.harpersbazaar.com/culture/politics/a32742358/blackout-tuesday-hashtag-instagram-facts/>.

“The Art Market is Going Digital: What are the Legal Changes?”, un webinar de la International Bar Association

ANTONIO GARCÍA VÁZQUEZ

Abogado. Uría Menéndez

El pasado 30 de junio tuvo lugar el *webinar* organizado por la International Bar Association (IBA) sobre la adaptación del mercado del arte al entorno digital post Covid y las repercusiones legales de tal proceso.

El Comité de Derecho del Arte, Instituciones Culturales y Legado de la IBA celebró esta conferencia como parte de las actividades formativas organizadas durante el confinamiento. Asistieron más de doscientos oyentes de todas partes del mundo, inscritos previamente y de forma gratuita a través del propio portal de la asociación.

A lo largo de la hora que duró el seminario web, los cuatro ponentes y los dos moderadores ofrecieron una radiografía del estado del mercado del arte en distintos lugares del mundo, en un momento de extensas restricciones a la movilidad y a la celebración de eventos.

Los dos moderadores fueron Nicholas M O'Donnell y Giuseppe Calabbi. Nicholas es abogado, miembro del despacho Sullivan & Worcester de Boston, y uno de los directores del comité de Derecho del arte de IBA junto con Giuseppe, quien además es socio de CBM & Partners Studio Legale de Milán. Ellos fueron los encargados de guiar la sesión que dividieron en dos partes, una primera enfocada a los ponentes europeos y la segunda centrada en las ponentes asiáticas, para finalizar con una ronda de preguntas abierta al público.

En la primera mitad de la sesión intervinieron Petra Warrington y Martin Wilson. Petra es abogada en Hunters Law (Londres), especialista en Derecho del arte y en mediación en operaciones relacionadas con la transacción de

obras de arte. Martin Wilson, por su parte, es el consejero general de Philips Auction House y ha trabajado como abogado de Christie's durante más de veinte años. Preguntados por el futuro del mercado del arte en un entorno online, ambos concluyeron que el proceso de digitalización de esta industria es inexorable y positivo para los participantes en la misma. Pese a que la mayoría de las casas de subastas contaban con plataformas online, Wilson explicó que el 74% de los compradores se negaban a comprar arte por internet antes de la pandemia. Sin embargo, la experiencia vivida durante los meses de confinamiento confirma que en el entorno digital las audiencias se multiplican exponencialmente y las tecnologías de la información permiten salvar algunos de los obstáculos interpuestos por la distancia.

En el escenario previo a la pandemia, siguiendo el estudio de Art Basel y UBS *The Art Market 2020*, las transacciones de arte online alcanzaron su mayor cuota en 2018, cuando representaron un 11% de las ventas de ese año, siendo en gran medida realizadas por nuevos compradores (un 57% de aquellos que adquirirían arte online) y siendo estos en su mayoría millennials. Se llegaron a convertir en un activo fundamental para las casas de subastas más pequeñas, pues llegaron a representar el 23% de las ventas de aquellas casas que no alcanzan el millón de dólares en ventas anual. Sin embargo, las casas más grandes y tradicionales continuaban viendo el mercado online como anecdótico, representando apenas el 4% de las transacciones de aquellas entidades que superaban los 10 millones de dólares en ventas al año.

Transcurrido casi en su totalidad el año 2020 algunas cifras empiezan a demostrar el cambio radical de tendencia. Según *The Hiscox Online Art Trade Report 2020*, Christie's, Sotheby's y Philips aumentaron su ratio de subastas exclusivamente online en un 436%. Y lo más significativo es que el 63% de los operadores encuestados por este informe opinan que la adaptación al entorno digital va a ser permanente, haciendo irreversibles los avances alcanzados en esta materia. El informe apunta, además, que la tendencia actual convertirá a los grandes operadores clásicos del entorno pre-pandemia en los agentes más importantes del entorno online que emerja tras la crisis sanitaria.

Dicho lo anterior, también es cierto que ambos ponentes se mostraron preocupados por la dificultad de llevar a cabo las correspondientes diligencias previas a la compra de una obra cuando la subasta tiene lugar de forma online, así como por la protección que efectivamente pueda granjear el derecho de desistimiento cuando muchas transacciones tienen lugar entre profesionales.

La percepción de los ponentes coincide con la que, según el informe de Hiscox, es la principal preocupación del 80% de los compradores de arte online: que la pieza una vez en sus manos no cumpla con las expectativas generadas por lo mostrado en internet.

Cierto es que les asiste el derecho de desistimiento por la compra online en los casos en que la transacción tenga lugar entre un profesional y un consumidor individual, y para el resto de los supuestos en los que la pieza llegue dañada o no cumpla con las características apreciadas online hay diversas garantías que podrían invocarse, pero la preocupación subsiste. Aun así, se trata de la misma preocupación que todos los compradores online de cualquier tipo de producto experimentan en sus primeras incursiones en las transacciones por internet, por lo que la respuesta de las casas de subasta no debiera ser distinta de la que otras muchas plataformas y empresas han realizado con anterioridad, véase, ampliar las garantías contractuales y las facilidades ofrecidas para superar ese tipo de situaciones.

Ambos ponentes confiaban en que tal adaptación de los términos de compra y un conveniente desarrollo tecnológico que permita estudiar en detalle la pieza en venta acabará por generar nuevas oportunidades y un buen momento para este sector.

En la segunda mitad de la sesión tomaron la palabra Angel Xi y Kamala Nagamed para ofrecer su visión de la situación en Asia. Angel es socia del despacho Jingtian & Gongcheng de Shanghai donde ejerce como especialista en Derecho del arte y propiedad intelectual. Kamala Nagamed es socia directora de Aarna Law, una boutique de Bangalore especializada, entre otras materias, en propiedad intelectual. Ambas corroboraron el éxito de las subastas online también en India y China, destacando la especial repercusión de aquellas con fines benéficos. Angel Xi ofreció además interesantes datos sobre cómo, pese a haberse contraído en general el mercado del arte, habían aumentado las operaciones con esculturas de cera y licencias de obras para merchandising. En su opinión, porque los objetos de las mismas ofrecen una mayor flexibilidad para adaptar los trámites de su compra a un entorno online, y porque tienen menores costes asociados a su transacción. Por su parte, Kamala Nagamed se centró en exponer cómo el uso de plataformas digitales había permitido a los artistas más jóvenes y emergentes empoderarse y acercar su obra directamente a los potenciales compradores.

Ambas ponentes tuvieron una visión positiva y optimista de la situación. Y en su favor hay que afirmar que a lo largo de la pandemia, muchas iniciativas de pequeño alcance lanzadas por espacios pequeños de venta han gozado de mayor repercusión en el entorno online de la que hubieran tenido en la situación pre-covid, invitando a ese optimismo de las abogadas. Un ejemplo significativo de ello es Just One Day, un evento lanzado por un conjunto de galerías de España y América Latina que el 14 de mayo subastaron un amplio conjunto de obras cuyo precio de salida se fijó para todos los casos en 200€. La subasta tuvo lugar en Instagram y los compradores pujaban a través de los comentarios de las imágenes de cada obra durante diez horas.

Transcurrido ese tiempo, el usuario que comentó la mayor puja se hizo con la obra.

Tal y como detallaba Kamala en su intervención, este tipo de iniciativas favorece, principalmente, a los artistas emergentes. En Just One Day la gran mayoría de las obras subastadas pertenecían a este tipo de autores. Desde luego, la expansión del mercado del arte online y su buena acogida por parte de los millennials, fundamentalmente en redes sociales como Instagram, presenta un escenario seguramente más favorable para el desarrollo de estos autores y la consecución de una repercusión mayor de su obra.

Sin embargo, ni siquiera este tipo de iniciativas puede compensar la realidad de que el momento del sector es realmente preocupante. A pesar del tono optimista de la ponencia, la realidad es que un tercio de las galerías del mundo han llevado a cabo reducciones de personal, y que, comparado con el mismo periodo de 2019, en los primeros seis meses de 2020 las ventas del sector cayeron en un 43%. Ciertamente es que tanto Kamala como Angel destacaron las ayudas que sus respectivos gobiernos nacionales habían creado para el mantenimiento de galerías y otros operadores del mercado del arte, pero no hay que dejar de señalar que la situación sigue siendo crítica.

Finalmente, al conferencia acabó con un turno de preguntas donde se abordó la noticia de que Facebook prohibirá la venta de antigüedades como manuscritos o monedas en su plataforma, ante lo cual la mayoría de los ponentes se postulaban a favor, considerándolo un acierto para dificultar el tráfico de obras robadas y para evitar complejos conflictos sobre la responsabilidad de la plataforma respecto de las transacciones que en ella tuvieran lugar. Sin embargo, también se señaló el flaco favor que tal acción representa para el desarrollo del mercado del arte en el entorno online, donde se deben poder observar las mismas diligencias que en mundo físico pese a que Facebook no esté dispuesto a hacerlo.

La valoración que resulta de la ponencia sobre la situación del mercado del arte online es esperanzadora. A excepción de ciertos apuntes negativos, los ponentes describieron la incursión del sector en el entorno online como una experiencia favorable, inexorable y global. Y como tal incluye también al sector español.

Las estimaciones más recientes sobre el impacto de la pandemia en el mercado del arte español son, como poco, terroríficas. En la última feria de Arco, ningún galerista mejoró los resultados de 2019, y un 87,5% de los participantes afirmó haber empeorado sus ventas, de acuerdo con los datos del Consorcio de Galerías de Arte Contemporáneo. Y esos son los datos de Arco, principal momento de ventas en el sector.

Iniciativas como la que hemos señalado de Just One Day y otras similares como Another Fair (feria europea de arte online organizada desde España a principios de octubre) suponen provechosas incursiones de nuestro sector en el entorno online. Pero está por ver si los beneficios señalados por los ponentes de la conferencia de IBA realmente se manifiestan en España y se acaba generando un ecosistema de compraventa de arte online.

Es claro que la transición a un mercado digital ha tenido lugar debido a la pandemia y ha sido positiva para algunos operadores del sector. Hay que coincidir con la visión de los ponentes que la consideran una vía de salvación para muchos profesionales y un elemento que va a permanecer en el sector para siempre. Han aparecido iniciativas para continuar la actividad desde la distancia y las formas de acceder a las obras y realizar las transacciones se modernizan y adaptan al aceleradísimo ritmo que la situación les impone. Sin embargo, persisten las dudas sobre la verdadera repercusión que esta conversión digital tendrá, sobre si podrá compensar las pérdidas del sector y sobre su permanencia cuando todo vuelva a la “antigua normalidad”. Evidentemente, ningún ponente del *webinar* tuvo ocasión de responder a estos interrogantes, pues solo el tiempo podrá realmente resolverlos.

Convocatoria del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte BASES

Primera.– Objeto de la convocatoria

1. La Fundación Profesor Uría (la “**Fundación**”) convoca la octava edición del **Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte** (el “**Premio**”) con el objeto de seguir apoyando e incentivando los estudios jurídicos innovadores y de calidad sobre las obras de arte, sus creadores y los demás intervinientes en el mundo del arte.
2. La Fundación es consciente de la amplitud que tiene el concepto de arte; por ello, con la única finalidad de perfilar, en la medida de lo razonable, el ámbito de los estudios que pretende fomentar con el Premio, cabe señalar que la presente convocatoria está dirigida a incentivar los estudios jurídicos sobre materias tales como la creación y difusión de las artes plásticas (en particular pintura, escultura y arquitectura) y de las artes audiovisuales, así como los estudios jurídicos sobre la conservación, transmisión y exhibición del patrimonio artístico. Ejemplos de temas cuyo estudio entra de lleno en el ámbito del Premio son los que se indican en el Anexo I.
3. Además de para apoyar e incentivar los estudios jurídicos innovadores y de calidad sobre el mundo del arte en general, el Premio se convoca para honrar la memoria del prestigioso abogado y mecenas del arte, Rodrigo Uría Meruéndano, Presidente del Real Patronato del Museo Nacional del Prado hasta su muerte en julio de 2007 y fundador y primer Presidente de la Fundación.
4. La presentación de un artículo al Premio implica, en todo caso, la aceptación íntegra e incondicional de las presentes bases.

Segunda.– Participantes

Podrán optar al Premio quienes así lo deseen, cualquiera que sea su nacionalidad, excluidos los miembros de la Fundación, de Uría Menéndez

Abogados, S.L.P. (“**Uría Menéndez**”) y de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría (“**PPU**”), así como sus consortes y sus parientes, directos o colaterales, hasta el segundo grado.

Tercera.– Características de los artículos

1. Los artículos deberán ser originales, no divulgados y estar escritos en un idioma oficial de cualquiera de los siguientes países: España, Portugal y países de Iberoamérica. Los artículos deberán tratar el tema desde la perspectiva del Derecho aplicable en, al menos, uno de los países citados.
2. Los artículos podrán ser individuales o en colaboración y deberán tener por objeto la investigación jurídica sobre el mundo del arte. En estas bases, las referencias al autor (en singular) se entenderán hechas igualmente a los autores (en plural) y, en su caso, a los coautores, cuando proceda.
3. Los artículos deberán ajustarse a las siguientes normas de formato:
 - a) Tendrán una extensión mínima de 60 páginas y máxima de 120 páginas, tamaño DIN A4 (210 x 297 mm), a doble espacio.
 - b) La letra será del tipo Times New Roman, tamaño 12 para el texto y 10 para las notas a pie de página.
 - c) Los márgenes superior e inferior serán de 2,5 cm., y los márgenes derecho e izquierdo de 3 cm.

Cuarta.– Plazo de presentación

Los artículos se deberán presentar mediante correo electrónico antes de las 14.00 h. (hora de Madrid– España) del día 31 de octubre de 2021, conforme se indica en el apartado 1 de la base quinta. Por su parte, las cartas de acompañamiento, a las que se refiere el apartado 2 de la misma base quinta, se deberán remitir por correo oficial certificado al domicilio de la Fundación (C/ Príncipe de Vergara, número 187, 28002 Madrid, España) antes del día 31 de octubre de 2021 o ese mismo día como fecha límite. Se tomará como fecha válida de entrega la que figure como tal en la correspondiente oficina de correos.

Quinta.– Forma de presentación

1. El correo electrónico por el que se presente el artículo se dirigirá a *presidencia@fundacionprofesoruria.org*, de acuerdo con las siguientes reglas:
 - a) En el espacio reservado a Asunto se indicará “Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte”.

- b) En el cuerpo del correo electrónico se expresará el título del artículo, el seudónimo del autor y la fecha de envío.
 - c) El artículo se adjuntará en formato pdf.
 - d) Deberá asegurarse el anonimato del autor, que no podrá ser identificado, directa ni indirectamente, por la dirección de correo electrónico remitente ni de ningún otro modo. En caso de que el anonimato no quede asegurado, el artículo en cuestión quedará excluido del Premio.
 - e) Tras la recepción del pdf, y una vez comprobado que se puede abrir el fichero adjunto sin ningún problema, la Fundación enviará al remitente un correo electrónico acusando recibo del artículo. Sin este correo de respuesta, el artículo no se tendrá por presentado.
2. Además del correo electrónico, el participante deberá firmar y enviar una carta, mediante correo certificado, al domicilio de la Fundación (C/ Príncipe de Vergara, número 187, 28002 Madrid, indicando en el sobre “Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte” y el título del artículo. En su interior deberá incluirse otro sobre cerrado en el que se haga constar el título del artículo, con el siguiente contenido:
- i. El nombre y apellidos del autor, copia de su documento oficial de identidad o pasaporte, nacionalidad, profesión, dirección postal, teléfono y correo electrónico de contacto.
 - ii. El consentimiento a la divulgación del artículo, en caso de resultar premiado por el Jurado o seleccionado por la Fundación para su publicación, junto con otros artículos, en la monografía a la que se refiere el apartado 2 de la base séptima.
 - iii. La garantía de la autoría y la originalidad del artículo presentado, y de que no es copia ni modificación total o parcial de ningún otro propio o ajeno.
 - iv. La garantía (i) de que el artículo no se ha divulgado en ningún lugar del mundo; (ii) de su titularidad en exclusiva por parte del participante; (iii) de que sobre los derechos de explotación del artículo no tienen cargas ni limitación alguna; y (iv) de que el artículo no se ha presentado a ningún otro premio o concurso pendiente de resolución. Se adjunta como Anexo II un modelo de declaración sobre los extremos indicados en los apartados ii a iv.
3. No serán aceptados los artículos y cartas de acompañamiento que no se presenten de la forma y con las condiciones establecidas en estas bases.

Sexta.– Jurado

1. En esta séptima edición el Jurado será presidido por D. Daniel Proença de Carvalho y estará compuesto, además, por D.^a Encarnación Roca Trías, D. Miguel Satrustegui Gil-Delgado, D. Juan Cadarso Palau y D. Juan E. Cambiaso. Actuará como secretario, con voz pero sin voto, D. Agustín González García.
2. El Jurado valorará que el tema desarrollado se trate desde una perspectiva integral (legal, doctrinal y jurisprudencial). De igual modo, se valorará su carácter innovador, su calidad, el rigor científico y el interés del tema.
3. El Premio podrá ser otorgado ex aequo a dos o más artículos. Asimismo, el Premio podrá ser declarado desierto si los originales presentados no reúnen, a juicio del Jurado, los mínimos de calidad exigibles.
4. Las deliberaciones del Jurado serán secretas y sus decisiones se adoptarán por mayoría simple y serán inapelables.

Séptima.– Premios

1. El Premio será de 25.000 euros. Del importe del Premio se detraerán, en su caso, los impuestos que procedan según la legislación aplicable.
2. El artículo premiado, junto con otros artículos elegidos por la Fundación, una vez oído el Jurado, serán publicados en una monografía de Derecho del Arte (la “Monografía”) que será editada por la Fundación en solitario o junto con una prestigiosa editorial jurídica designada por la Fundación.

Octava.– Comunicación del fallo y entrega del Premio

1. El fallo del Premio tendrá lugar no más tarde del día 28 de febrero de 2022 y se le dará publicidad a través de la página web de la Fundación.
2. La Fundación mantendrá absolutamente confidencial la identidad de los autores de los artículos no premiados ni elegidos para su publicación en la Monografía.
3. La entrega del Premio tendrá lugar en un acto público que se anunciará con antelación.

Novena.– Cesión de derechos de explotación

1. La presentación de artículos al Premio implica que los autores tanto del artículo o artículos premiados como de los artículos elegidos para su publicación en la Monografía ceden en exclusiva a la Fundación, a

cambio de la remuneración prevista en el punto 7 de esta base novena, los siguientes derechos de explotación sobre dichos artículos:

- a) Reproducción total o parcial, directa o indirecta, por cualquier sistema gráfico, analógico, electrónico, reprográfico, digital, o de cualquier otra índole;
 - b) Distribución mediante venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma; y
 - c) Comunicación al público por cualquier medio o procedimiento, en especial, en la modalidad de puesta a disposición del público.
2. La cesión de los derechos de explotación comprende todas las modalidades de explotación (en especial, en forma de libro en tapa dura o cartóné, tapa flexible, rústica, ediciones económicas, libro electrónico, soportes digitales, inclusión en colecciones y cualesquiera otras modalidades conocidas en este momento) y medios de difusión conocidos en el momento del otorgamiento del Premio, en todos los países del mundo y durante todo el plazo de protección de los derechos de propiedad intelectual establecido en la legislación española.
 3. La Fundación podrá efectuar directamente la explotación de los derechos sobre el artículo o artículos premiados y sobre los artículos elegidos para su publicación en la Monografía o bien suscribir con terceros, en exclusiva o no, los acuerdos que resulten precisos para posibilitar la mejor explotación de los citados artículos en las diversas modalidades en cualquier país del mundo.
 4. Los autores del artículo o artículos premiados y de los artículos elegidos para su publicación en la Monografía se obligan a suscribir el oportuno contrato de edición según los términos expuestos en estas bases y en la legislación española de propiedad intelectual. Asimismo, se obligan a suscribir cuantos contratos y documentos sean necesarios para la protección de los derechos de explotación cedidos a favor de la Fundación y para la inscripción de la(s) obra(s) en los Registros de la Propiedad Intelectual de los países donde sea comercializada. De no formalizarse el contrato de edición, por cualquier circunstancia, el contenido de las presentes bases tendrá la consideración de contrato de cesión de derechos entre la Fundación y los autores de los artículos.
 5. La Fundación podrá efectuar una primera edición de la Monografía (por tanto, del artículo o artículos premiados y de los elegidos para su publicación) con un mínimo de quinientos (500) y un máximo de tres mil quinientos (3.500) ejemplares, con las reimpressiones que, dentro de dichos totales, libremente decida.

6. Las ediciones sucesivas que sigan a la primera, y que comprenderán iguales mínimos y máximos que los señalados para cada caso, serán libremente determinadas por la Fundación.
7. De los ejemplares vendidos en la primera o sucesivas ediciones de la Monografía, ya sea en formato papel o en formato electrónico, la Fundación o, en su caso, la editorial elegida para que realice su publicación, satisfará al conjunto de los autores de los artículos publicados, el cincuenta por ciento (50%) de los ingresos netos que se obtengan por la venta de la Monografía. Son «ingresos netos» las cantidades obtenidas por la editorial y, en su caso, por la Fundación, provenientes de las ventas de mercado, menos el IVA y menos los descuentos aplicados. El citado importe será dividido por partes iguales entre todos los autores (salvo en el caso de los coautores de un mismo artículo, en cuyo supuesto, la parte correspondiente al artículo en cuestión será dividida a prorrata entre todos ellos).
8. La Fundación se compromete a respetar el derecho moral de los autores sobre sus artículos.

Décima.— Autorización para el uso de datos personales

El autor del artículo o artículos premiados y los autores de los artículos elegidos para su publicación en la Monografía autorizan expresamente a la Fundación y, en su caso, al editor o coeditor de la Monografía a utilizar sus nombres y su imagen, a los solos efectos de promocionar el Premio y la Monografía.

Décimo primera.— Devolución de originales

Los originales de los artículos que no vayan a publicarse en la Monografía serán conservados por la Fundación durante seis meses, a contar desde la fecha del fallo, plazo durante el cual podrán ser reclamados por sus autores. Transcurrido dicho plazo, los artículos podrán ser destruidos, sin más requisitos ni comunicaciones.

Décimo segunda.— Ley aplicable y tribunales competentes

Para cualquier diferencia que pudiese surgir con motivo de la interpretación o aplicación de las presentes bases, el participante, con renuncia expresa a cualquier fuero personal que pudiese corresponderle, se somete a la legislación española y a los Juzgados y Tribunales de Madrid capital (España).

En Madrid a diez de noviembre de dos mil veinte.

ANEXO I

- Régimen jurídico del patrimonio cultural en España e Iberoamérica
- El concepto jurídico de obra de arte
- Aspectos jurídicos relacionados con las obras de arte como objeto de propiedad intelectual
- Problemas jurídicos en torno a la autenticación de obras de arte
- Régimen jurídico de los contratos relacionados con obras de arte
- Problemática jurídica de la compraventa de obras de arte
- Problemática jurídica en materia de depósito y préstamo de obras de arte
- Los contratos financieros de obras de arte
- El contrato de seguro de obras de arte
- Régimen jurídico y problemas legales en torno a las subastas de obras de arte
- Aspectos jurídicos relevantes para la organización y el funcionamiento de los museos y otras instituciones culturales
- La gestión colectiva de los derechos de autor de obras de arte
- Aspectos jurídicos relevantes en la creación y la difusión digital de obras de arte
- Medidas para impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de obras de arte
- La exportación de obras de arte: régimen jurídico, procedimiento y criterios para autorizar o rechazar la exportación
- Aspectos jurídicos relativos a la recuperación de obras de arte que hayan salido de forma ilegal de un Estado
- Leyes de inmunidad frente al embargo de obras de arte
- Protección de las obras de arte en caso de conflicto armado
- Los delitos de falsificación, estafa y robo de obras de arte
- La fiscalidad y el mecenazgo en materia de obras de arte
- Problemas legales en torno al legado de los artistas

ANEXO II

MODELO DE CONSENTIMIENTO Y DECLARACIÓN DE GARANTÍA DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

D./D.^a [●●], mayor de edad, con documento de identidad n.º [●●] y domicilio en [●●] (el “**Autor**”) autoriza a la Fundación Profesor Uría (la “**Fundación**”) la divulgación de su artículo titulado [●●] (el “**Artículo**”) en el caso de que resulte premiado o elegido para su publicación, junto con otros artículos, en la Monografía a la que se refieren las bases del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte (el “**Premio**”).

El Autor responde de la autoría y originalidad del Artículo que, según declara, no se ha divulgado, no está sometido a ningún otro concurso o premio ni es copia, parcial o total, de ninguna otra obra preexistente.

Asimismo, el Autor declara que es propietario o controla, completamente y en exclusiva, los derechos de propiedad intelectual del Artículo en todo el mundo, y tiene derecho y capacidad para ceder los citados derechos a la Fundación en los términos indicados en las bases del Premio, no existiendo ningún contrato, acuerdo, compromiso o impedimento legal de tipo alguno que entre en conflicto con esa cesión de derechos o que pudiera limitar en modo alguno, restringir o impedir el ejercicio de los derechos cedidos a la Fundación.

Igualmente, el Autor declara y garantiza que el Artículo no infringe los derechos reconocidos por la ley a terceras personas y, en especial, los derechos de propiedad intelectual, los derechos de propiedad industrial, y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

Y para que así conste, firma en [●●] a [●●].

Convocatória do Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte BASES

Primeira.– Objeto da convocatória

1. A Fundação Professor Uría (a “**Fundação**”) convoca a oitava edição do **Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte** (o “**Prémio**”) com o objetivo de continuar a apoiar e a incentivar os estudos jurídicos inovadores e de qualidade sobre as obras de arte, os seus criadores e os restantes intervenientes no mundo da arte.
2. A Fundação é consciente da amplitude que tem o conceito de arte; assim, com a finalidade única de delimitar, na medida do razoável, o âmbito dos estudos que pretende fomentar com o Prémio, é de assinalar que a presente convocatória destina-se a incentivar os estudos jurídicos sobre matérias como a criação e difusão das artes plásticas (em particular a pintura, escultura e arquitetura) e das artes audiovisuais, assim como os estudos jurídicos sobre a conservação, transmissão e exibição do património artístico. Exemplos de temas cujo estudo entra plenamente no âmbito do Prémio são os que se indicam no Anexo I.
3. Além de para apoiar e incentivar os estudos jurídicos inovadores e de qualidade sobre o mundo da arte em geral, o Prémio é também convocado para honrar a memória do prestigiado advogado e mecenas da arte, Rodrigo Uría Meruéndano, Presidente do Real Patronato do Museu Nacional do Prado até à sua morte em julho de 2007 e fundador e primeiro Presidente da Fundação.
4. A candidatura de um artigo ao Prémio implica, em qualquer caso, a aceitação integral e incondicional das presentes bases.

Segunda.– Participantes

Podem concorrer ao Prémio todos aqueles que assim o desejarem, qualquer que seja a sua nacionalidade, com exceção dos membros da Fundação da Uría Menéndez Abogados, S.L.P. (“**Uría Menéndez**”) e da Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría (“**PPU**”), assim como os seus cônjuges e familiares, diretos ou colaterais, até ao segundo grau.

Terceira.– Características dos artigos

1. Os artigos devem ser originais, nunca antes divulgados e redigidos na língua oficial de qualquer um dos seguintes países: Espanha, Portugal e países da Ibero-América. Os artigos deverão tratar o tema de uma perspectiva do Direito aplicável em, pelo menos, um dos citados países.
2. Os artigos podem ser individuais ou escritos em coautoria e deverão ter como objeto a investigação jurídica sobre o mundo da arte. Nestas bases, as referências ao autor (no singular) considerar-se-ão como feitas igualmente aos autores (no plural) e, se aplicável, aos coautores.
3. Os artigos deverão cumprir a seguinte formatação:
 - a) Terão uma extensão mínima de 60 páginas e máxima de 120 páginas, tamanho DIN A4 (210 x 297 mm), em espaço duplo.
 - b) A letra deverá ser do tipo Times New Roman, tamanho 12 para o texto e 10 para as notas de rodapé.
 - c) As margens superior e inferior serão de 2,5 cm, e as margens direita e esquerda de 3 cm.

Quarta.– Prazo de apresentação

Os artigos deverão ser enviados por *e-mail* antes das 14h (hora de Madrid-Espanha) do dia 31 de outubro de 2021, como se indica no ponto 1 da base quinta. Por seu lado, as cartas de acompanhamento, a que se refere o ponto 2 da mesma base quinta, deverão ser enviadas por correio registado para a sede da Fundação (C/Príncipe de Vergara, número 187, 28002 Madrid, Espanha) antes do dia 31 de outubro de 2021 ou nesse mesmo dia como data limite. Será considerada como data válida de entrega a indicada no correspondente ponto de correios.

Quinta.– Forma de apresentação

1. O *e-mail* por meio do qual se remeta o presente artigo deverá ser endereçado a *presidencia@fundacionprofesoruria.org*, de acordo com as seguintes regras:

- a) No espaço reservado a Assunto deverá indicar-se “Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte”.
 - b) No corpo do e-mail deverá indicar-se o título do artigo, o pseudónimo do autor e a data de envio.
 - c) O artigo deverá ser anexado em formato pdf.
 - d) Deve ser assegurado o anonimato do autor que não poderá ser identificado, direta ou indiretamente, pelo endereço do e-mail remetente, nem de qualquer outro modo. Caso o anonimato não seja assegurado, o artigo em causa será excluído do Prémio.
 - e) Após a receção do pdf e uma vez verificado que se pode abrir o ficheiro anexo sem qualquer problema, a Fundação enviará ao remetente uma mensagem de e-mail acusando a receção do artigo. Sem esta mensagem de resposta, o artigo não se considerará como tendo sido apresentado.
2. Além da mensagem de e-mail, o participante deverá assinar e enviar uma carta por correio registado para a sede da Fundação (C/ Príncipe de Vergara, número 187, 28002 Madrid), indicando no envelope “Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte” e o título do artigo. Dentro do envelope deverá ser incluído um outro envelope fechado em que se faça constar o título do artigo, com o seguinte conteúdo:
- i. O nome e apelidos do autor, cópia do seu documento de identificação oficial ou passaporte, nacionalidade, profissão, morada, telefone e endereço de *e-mail* de contacto.
 - ii. O consentimento para a divulgação do artigo, caso seja premiado pelo Júri ou selecionado pela Fundação para a sua publicação, juntamente com outros artigos, na monografia a que se refere o ponto 2 da base sétima.
 - iii. A garantia da autoria e da originalidade do artigo apresentado, e de que não é cópia nem modificação total ou parcial de nenhum outro artigo próprio ou de terceiro.
 - iv. A garantia (i) de que o artigo nunca foi antes divulgado em qualquer ponto do mundo; (ii) da sua titularidade exclusiva por parte do participante; (iii) de que não há quaisquer encargos ou limitação de qualquer tipo sobre os direitos de exploração do artigo; e (iv) de que o artigo não tenha sido submetido a qualquer outro prémio ou concurso pendente de resolução. Junta-se, como Anexo II, um modelo de declaração sobre os termos indicados nas alíneas ii a iv.
3. Não serão aceites os artigos e as cartas de acompanhamento que não sejam apresentados na forma e de acordo com as condições estabelecidas nestas bases.

Sexta.– Júri

1. Nesta sétima edição, o Júri será presidido por Daniel Proença de Carvalho e será composto por Encarnación Roca Trías, Miguel Satrustegui Gil-Delgado, Juan Cadarso Palau e Juan E. Cambiaso. Será secretário, participante mas sem voto, Agustín González García.
2. O Júri valorizará que o tema desenvolvido seja tratado de uma perspectiva integral (legal, doutrinária e jurisprudencial). Do mesmo modo, será valorizado o seu caráter inovador, a sua qualidade, o rigor científico e o interesse do tema.
3. O Prémio poderá ser atribuído *ex aequo* a dois ou mais artigos. De igual forma, o Prémio pode ser declarado deserto se os originais apresentados não reunirem, no entendimento do Júri, os mínimos de qualidade exigíveis.
4. As deliberações do Júri serão secretas e as suas decisões serão tomadas por maioria simples das quais não caberá recurso.

Sétima.– Prémios

1. O prémio será de 25 000 euros. Do montante do Prémio serão deduzidos, consoante o caso, os impostos devidos segundo a legislação aplicável.
2. O artigo premiado, juntamente com outros artigos que sejam selecionados pela Fundação, uma vez pronúncia do Júri, serão publicados numa monografia de Direito da Arte (a “**Monografia**”) que será editada pela Fundação individualmente ou em conjunto com uma prestigiada editora jurídica designada pela Fundação.

Oitava.– Comunicação da decisão e entrega do Prémio

1. A decisão de atribuição do Prémio realizar-se-á o mais tardar no dia 28 de fevereiro de 2022 e será publicada na página Web da Fundação.
2. A Fundação manterá absolutamente confidencial a identidade dos autores dos artigos não premiados nem selecionados para a sua publicação na Monografia.
3. A entrega do prémio terá lugar num ato público que será anunciado com a devida antecedência.

Nona.– Cessão de direitos de exploração

1. A candidatura de artigos ao Prémio implica que os autores, tanto do artigo ou artigos premiados, como dos artigos selecionados para a sua publicação na Monografia, cedam em exclusivo à Fundação, em

contrapartida da remuneração prevista no ponto 7 desta base nona, os seguintes direitos de exploração sobre os referidos artigos:

- a) Reprodução total ou parcial, direta ou indireta, por qualquer sistema gráfico, analógico, eletrónico, reprográfico, digital, ou de qualquer outra índole;
 - b) Distribuição mediante venda, aluguer, empréstimo ou qualquer outra forma;
 - c) Comunicação ao público por qualquer meio ou procedimento, em especial, na modalidade de colocação à disposição do público.
2. A cessão dos direitos de exploração compreende todas as modalidades de exploração (em especial, em forma de livro de capa dura ou cartão, capa flexível, rústica, edições económicas, livro eletrónico, suportes digitais, inclusão em coleções e quaisquer outras modalidades conhecidas neste momento) e meios de difusão conhecidos no momento da atribuição do Prémio, em todos os países do mundo e durante o prazo de proteção de direitos de propriedade intelectual estabelecido na legislação espanhola.
 3. A Fundação poderá efetuar diretamente a exploração dos direitos sobre o artigo ou artigos premiados e sobre os artigos selecionados para a sua publicação na Monografia ou, bem assim, celebrar com terceiros, em exclusivo ou não, os acordos que sejam necessários para permitir a melhor exploração dos referidos artigos nas diversas modalidades, em qualquer país do mundo.
 4. Os autores do artigo ou artigos premiados e dos artigos selecionados para a sua publicação na Monografia obrigam-se a celebrar oportunamente o contrato de edição nos termos expostos nestas bases e na legislação de Propriedade Intelectual espanhola. Do mesmo modo, obrigam-se a subscrever os contratos e documentos que sejam necessários para a proteção dos direitos de exploração cedidos a favor da Fundação e para a inscrição da(s) obra(s) nos Registos de Propriedade Intelectual dos países onde seja comercializada. Caso não seja formalizado o contrato de edição, por qualquer circunstância, o conteúdo das presentes bases será considerado como contrato de cessão de direitos entre a Fundação e os autores dos artigos.
 5. A Fundação poderá efetuar uma primeira edição da Monografia (portanto, do artigo ou artigos premiados e dos artigos selecionados para publicação) com um mínimo de quinhentos (500) e um máximo de três mil e quinhentos (3500) exemplares, com as reimpressões que, dentro destes totais, livremente decida.

6. As edições sucessivas que se sigam à primeira, e que compreenderão mínimos e máximos iguais aos assinalados para cada caso, serão livremente determinadas pela Fundação.
7. De entre os exemplares vendidos na primeira ou em sucessivas edições da Monografia, seja em formato papel ou eletrónico, a Fundação, ou caso se aplique, a editora escolhida para a sua publicação atribuirá ao conjunto dos autores dos artigos publicados, cinquenta por cento (50%) da receita líquida obtida com a venda da Monografia. São consideradas “receitas líquidas” as quantias obtidas pela editora e, caso se aplique, pela Fundação, provenientes das vendas de mercado deduzidas do IVA e dos descontos aplicados. O montante referido será dividido em partes iguais entre todos os autores (salvo no caso dos coautores de um mesmo artigo, em cujo caso a parte correspondente ao artigo em questão será dividida *pro rata* entre todos eles).
8. A Fundação compromete-se a respeitar o direito moral dos autores sobre os seus artigos.

Décima.– Autorização para o uso de dados pessoais

O autor do artigo ou artigos premiados e os autores dos artigos selecionados para a sua publicação na Monografia autorizam expressamente a Fundação e, caso se aplique, o editor ou o coeditor da

Monografia a utilizar os seus nomes e a sua imagem, para efeitos exclusivos de promoção do Prémio e da Monografia.

Décima primeira.– Devolução de originais

Os originais dos artigos que não irão ser publicados na Monografia serão conservados pela Fundação durante seis meses, a contar da data da decisão de atribuição do Prémio, prazo durante o qual poderão ser reclamados pelos seus autores. Decorrido o referido prazo, os artigos poderão ser destruídos, sem mais requisitos ou comunicações.

Décima segunda.– Lei aplicável e tribunais competentes

Para qualquer divergência que possa surgir em resultado da interpretação ou aplicação das presentes bases, o participante, com renúncia expressa a qualquer foro pessoal que possa corresponder-lhe, submete-se à legislação espanhola e aos tribunais de Madrid (Espanha).

Madrid, a dez de novembro de dois mil e vinte.

ANEXO I

- Regime jurídico do património cultural em Espanha e na Ibero-América
- O conceito jurídico de obra de arte
- Aspectos jurídicos relacionados com as obras de arte como objeto de propriedade intelectual
- Problemas jurídicos relacionados com a autenticação de obras de arte
- Regime jurídico dos contratos relacionados com obras de arte
- Problemática jurídica da compra e venda de obras de arte
- Problemática jurídica em matéria de depósito e empréstimo de obras de arte
- Os contratos financeiros de obras de arte
- O contrato de seguro de obras de arte
- Regime jurídico e problemas legais relacionados com os leilões de obras de arte
- Aspectos jurídicos relevantes para a organização e o funcionamento dos museus e outras instituições culturais
- A gestão coletiva dos direitos de autor de obras de arte
- Aspectos jurídicos relevantes na criação e na divulgação digital de obras de arte
- Medidas para impedir a importação, a exportação e a transferência de propriedade ilícitas de obras de arte
- A exportação de obras de arte: regime jurídico, procedimento e critérios para autorizar ou recusar a exportação
- Aspectos jurídicos relativos à recuperação de obras de arte que tenham saído de forma ilegal de um estado
- Leis de imunidades perante o embargo de obras de arte
- Proteção das obras de arte em caso de conflito armado
- Os crimes de falsificação, burla e roubo de obras de arte
- A fiscalidade e mecenato em matéria de obras de arte
- Problemas legais relacionados com o legado dos artistas

ANEXO II

MODELO DE CONSENTIMENTO E DECLARAÇÃO DE GARANTIA DE AUTORIA E ORIGINALIDADE

[•••], maior, titular do documento de identificação n.º [•••] e residente em [•••] (o “**Autor**”) autoriza a Fundação Professor Uría (a “**Fundação**”) a divulgar o seu artigo intitulado [•••] (o “**Artigo**”) caso este seja premiado ou selecionado para a sua publicação, juntamente com outros artigos, na Monografia a que se referem as bases do Prémio Rodrigo Uría Meruéndano de Direito da Arte (o “**Prémio**”).

O Autor responsabiliza-se pela autoria e originalidade do Artigo que, segundo declara, nunca foi divulgado, não está submetido a nenhum outro concurso ou prémio nem é cópia, parcial ou total, de nenhuma outra obra pré-existente.

O Autor declara, também, que é proprietário ou controla, de modo completo e em exclusivo, os direitos de propriedade intelectual do Artigo em todo o mundo, e tem direito e capacidade para ceder os referidos direitos à Fundação nos termos indicados nas bases do Prémio, não existindo qualquer contrato, acordo, compromisso ou impedimento legal de tipo algum que conflitue com essa cessão de direitos ou que possa de algum modo limitar, restringir ou impedir o exercício dos direitos cedidos à Fundação.

O autor declara e garante igualmente que o Artigo não viola os direitos reconhecidos pela lei a terceiros e, em especial, os direitos de propriedade intelectual, os direitos de propriedade industrial, e o direito à honra, à intimidade e à própria imagem.

E para que assim conste, assina em [•••] de [•••].